Das Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung in der neueren Rechtsentwicklung

Inauguraldissertation

zur Erlangung des Doktorgrades einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Albrecht Scheffbuch
aus Stuttgart

1960

6617

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549610_0009

Das Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung in der neueren Rechtsentwicklung

Inauguraldissertation

zur Erlangung des Doktorgrades einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Albrecht Scheffbuch
aus Stuttgart

1960

8322/60

Obmann:	Prof. Dr. Fritz Baur
1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Ludwig Raiser
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Fritz Baur

Tag der mündlichen Prüfung: 3. März 1960

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Inhaltsverzeichnis

Seite:

Literaturverzeichnis XI

Abkürzungsverzeichnis. XXIII

Einleitung 1

Erster Teil:

Die herrschenden dogmatischen Vorstellungen hinsichtlich des Verhältnisses von Hypothek und Forderung. . . 4

1. Abschnitt:

Die Theorie der einseitigen Abhängigkeit der Hypothek von der persönlichen Forderung. . . 4

2. Abschnitt:

Die Theorie der Unabhängigkeit von Hypothek und persönlicher Forderung. 6

3. Abschnitt:

Die Theorie der Zweckgemeinschaft von Hypothek und persönlicher Forderung 11

I. Die Darstellung bei Heck 11
II. Die Darstellung bei Küchler 15
III. Die Darstellung bei v. Lübtow. 17

Zweiter Teil:

Moderne Entwicklungen im Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung 20

1. Abschnitt:

Das Auftreten neuer Prinzipien für das Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung auf besonderen Rechtsgebieten 20

I. "Ruinenhypotheken" 20

1. Die Bedeutung des Problems 20
2. Die verschiedenen Ansichten. 20

a) Die konservative Lösung 20
b) Die moderne Lösung. 21

3. Zusammenfassendes Ergebnis 24

II. Vertragshilferecht. 24

1. Die Regelung des § 3 VHG 24
2. Die gesetzgeberischen Motive 25
3. Die umstrittene Anwendung der Härteklausel des § 3 Abs. 3 VHG durch den BGH . . 26
4. Die Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung des § 3 VHG. 27

Seite:

5. Zusammenfassendes Ergebnis 30

III. Hypothekengewinnabgabe. 31

1. Die gesetzliche Regelung 31
2. Zweifel an der Berechtigung der Erhebung der Abgabe. 32
3. Die Rechtfertigung einer besonderen Hypothekengewinnabgabe 35
4. Zusammenfassendes Ergebnis 37

IV. Vertriebenenrecht 37

1. Die besondere Schuldenregelung für Vertriebene. 37
2. Die Bedeutung der Ausnahmebestimmung des § 87 Abs. 1 Z.1 BVFG. . . . 38
3. Zusammenfassendes Ergebnis 39

V. Interzonales Recht. 40

1. Die Ansichten über das Statut einer hypothekarisch gesicherten Forderung 40
2. Der Auffassungswandel in der neueren Rechtsentwicklung. 41

a) Die neuen Tendenzen in der Literatur des interzonalen Rechts. 43
b) Die Anerkennung neuer Prinzipien in der Rechtsprechung des interzonalen Rechts 44

3. Zusammenfassendes Ergebnis 49

VI. Ostzonale Enteignungen. 50

A. Das Problem im allgemeinen. 50
B. Die Enteignung der Hypothek 52

1. Identität von Schuldner und Eigentümer 52
2. Verschiedenheit von Schuldner und Eigentümer 56
3. Zusammenfassendes Ergebnis 59

C. Die Enteignung des hypothekarisch belasteten Grundstücks. 61

1. Die Auswirkung auf die Hypothek. . . 62
2. Die Auswirkung auf die persönliche Forderung. 62
3. Zusammenfassendes Ergebnis 65

Seite:

2. Abschnitt:
Der wirtschaftliche Charakter von Hypothek und persönlicher Forderung im modernen Hypothekenwesen 66

I. Die Hypothek als "Hauptrecht" bei den echten Realkrediten. 66

1. Die dominierende Bedeutung der Hypothek im Realkreditgeschäft. 68

a) Kreditgewährung. 68
b) Kontrollrechte 69
c) Zwangsvollstreckung. 70
d) Deckung gegenüber der Aufsichtsbehörde. 70

2. Die Gründe für die moderne Entwicklung im Realkreditgeschäft 71

a) Der Realkredit als Anstaltskredit 72
b) Der Realkredit als langfristige Beleihung. 72
c) Die Begrenzung der Beleihung . . . 73
d) Die Realkredite als Massenverhältnisse. 73

II. Die Hypothek als Mitberechtigung (Eigentumsteilung) am Grundstück. 73

1. Die Bestätigung durch den allgemeinen Sprachgebrauch und durch die gesetzliche Regelung. 75

2. Die fehlende Pfandrechtsstruktur der Hypothek im wirtschaftlichen Sinne. . 76

3. Die Hypothekenbestellung als Erwerb eines Wertanteils am Grundeigentum. . 78

a) "Struktur"- und "Funktionsbetrachtung". 78
b) Vergleich mit dem Miteigentum. . . 79
c) Der Einwand der Verteilung des Ertragsrisikos 80

III. Zusammenfassende wirtschaftliche Charakterisierung von Hypothek und Forderung . 82

IV. Der wirtschaftliche Charakter von Hypothek und Forderung und die Frage der Rückwirkungen von der Hypothek auf die persönliche Forderung. 84

1. Die Forderung nach Anerkennung bestimmter Rückwirkungen im Bereich des echten Realkredits. 84

Seite:

2. Die Ablehnung von Rückwirkungen bei den hypothekarisch gesicherten Personalkrediten 86

3. Die Möglichkeit einer Schlechterstellung des Hypothekengläubigers gegenüber dem Gläubiger einer ungesicherten Forderung 87

4. Zusammenfassung 88

Dritter Teil:

Die Berücksichtigung der neueren Entwicklungen im Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung in der heutigen Dogmatik des Hypothekenrechts. . 90

1. Abschnitt:

Kritik der Akzessorietätslehre. 91

I. Der Gegensatz zwischen der Akzessorietätslehre und der wirtschaftlichen Praxis in der Bewertung von Hypothek und Forderung. 91

II. Die Möglichkeit einer Berücksichtigung der wirtschaftlichen Vorstellungen durch die Akzessorietätslehre. 92

1. Das Inkaufnehmen einer Diskrepanz von rechtlichen und wirtschaftlichen Anschauungen bei bestimmten Vorgängen. 93

2. Die grundsätzliche Stellungnahme der Akzessorietätslehre und der wirtschaftlichen Praxis zur Frage von Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung 94

3. Die Anerkennung bestimmter Rückwirkungen durch die Akzessorietätslehre bei aktuellen Einzelfragen auf besonderen Rechtsgebieten. 95

4. Die Frage der Auswirkungen des Wegfalls der Hypothek oder des belasteten Grundstücks auf die Forderung als allgemeines hypothekenrechtliches Problem 96

5. Das Dilemma der Akzessorietätslehre 98

III. Der Versuch, Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung mit Hilfe des § 242 BGB anzuerkennen 98

IV. Zusammenfassung 103

Seite:

2. Abschnitt:

Kritik der Lehre von der Zweckgemeinschaft 104

I. Die grundsätzliche Vereinbarkeit der wirtschaftlichen Bewertung von Hypothek und Forderung mit der Lehre von der Zweckgemeinschaft 104

II. Das Versagen der Theorie von der Zweckgemeinschaft bei der aktuellen Frage der Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung. 105

III. Zusammenfassung. 118

Vierter Teil:

Versuch einer neuen Bestimmung des Verhältnisses von Hypothek und persönlicher Forderung 120

1. Abschnitt:

Die Anwendung von Gesamtschuldnormen auf das Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung. 121

I. Die Veränderungen der persönlichen Forderung und ihre Auswirkungen auf die Hypothek. 121

1. Die Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung nach der eingehenden Regelung des Gesetzes. 121

2. Das Bestehen einer Zweckgemeinschaft von Forderung und Hypothek und seine Auswirkungen 122

3. Zusammenfassendes Ergebnis 123

II. Die Veränderungen der Hypothek und ihre Auswirkungen auf die persönliche Forderung. 124

1. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer analogen Anwendung von Normen ausserhalb des Hypothekenrechts auf das Verhältnis von Hypothek und Forderung 124

2. Das Vorliegen einer "Zweckgemeinschaft" als wesentlicher Anhaltspunkt bei der Suche nach entsprechend anwendbaren Gesetzesnormen 125

3. Hypothek und Forderung als gesamtschuldähnliches Verhältnis 127

4. Zusammenfassendes Ergebnis 136

Seite:

2. Abschnitt:

Die allgemeine Anerkennung von Rückwirkungen von der Hypothek auf die persönliche Forderung 137

A. Die analoge Anwendung von § 425 BGB. . . 137

I. Die Bedeutung des § 425 BGB für die Frage der Auswirkungen von Ereignissen, die unmittelbar nur bei der Hypothek eintreten, auf die persönliche Forderung 137

1. Die Möglichkeit der Anwendung von Gesamtschuldnormen bei einer allgemein anerkannten Rückwirkung . . 137

2. Die zentrale Bedeutung des § 425 Abs. 1 BGB für die Frage der Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung. 138

II. Die Rückwirkungen von der Hypothek auf die persönliche Forderung unter Berücksichtigung der Unterscheidung von Real- und Personalkredit. 142

1. Die Unterscheidung von Real- und Personalkredit als Möglichkeit zur generellen Charakterisierung des Wesens des Verhältnisses von Hypothek und Forderung. 142

2. Die Ablehnung von Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung für hypothekarische Rechtsverhältnisse mit Personalkreditcharakter. 144

3. Die rechtliche Anerkennung von Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung für hypothekarische Rechtsverhältnisse, die echte Realkredite darstellen . . . 145

III. Die Abgrenzung von Real- und Personalkredit im Einzelfall und die Umwandlung von Real- in Personalkredit und umgekehrt. 147

B. Die praktische Anwendung der gefundenen Prinzipien auf die einzelnen Fälle der Veränderung der Hypothek 154

I. Wegfall der Hypothek für den Gläubiger durch Untergang der Hypothek oder durch Entstehung eines Eigentümergrundpfandrechts. 155

Seite:

1. Untergang der Hypothek 155

a) Untergang des Grundstücks 155
b) Enteignung des Grundstücks. . . . 155
c) Buchversitzung (§ 901 BGB). . . . 156
d) Grundstückserwerb durch jemand, der den Bestand der zu Unrecht gelöschten Hypothek nicht kennt (§ 892 BGB). 156
e) Ausfall der Hypothek in der Zwangsversteigerung des Grundstücks. 156

2. Verwandlung der Hypothek in ein Eigentümergrundpfandrecht. 157

a) Ausschluss des Gläubigers im Aufgebotsverfahren (§ 1170 BGB) . 157
b) Konsolidation (§§ 889, 1177 BGB). 158

II. Wegfall der Hypothek für den ursprünglichen Gläubiger durch isolierten Uebergang der Hypothek auf einen neuen Gläubiger. 159

1. Gutgläubiger Erwerb einer Hypothek ohne gleichzeitigen Erwerb der bestehenden Forderung (§ 1138 BGB) . . 159

2. Enteignung der Hypothek 164

3. Abschnitt:

Die unmittelbare wechselseitige Abhängigkeit von Hypothek und Forderung bei den echten Realkrediten 165

I. Die neue Bestimmung des Verhältnisses von Hypothek und Forderung . . . 165

1. Die unmittelbare wechselseitige Abhängigkeit von Hypothek und Forderung bei den echten Realkrediten 165

2. Die einseitige Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung bei den hypothekarisch gesicherten Personalkrediten 166

3. Vergleich mit dem Verhältnis von dinglicher Reallast und persönlichem Anspruch aus § 1108 BGB. . 166

Seite:

II. Die Unterschiede zu den herrschenden dogmatischen Vorstellungen über das Verhältnis von Hypothek und Forderung 167

1. Der grundlegende Unterschied zur Akzessorietätslehre. 167

2. Der grundlegende Unterschied zur Lehre von der Zweckgemeinschaft 169

III. Die Auswirkungen der neuen Bestimmung des Verhältnisses von Hypothek und Forderung. 171

1. Die Uebereinstimmung der rechtlichen und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise 171

2. Die allgemeine Berücksichtigung der in der neueren Rechtsentwicklung feststellbaren neuen Gesichtspunkte 171

Literaturverzeichnis

Asch, A.: Das Hypothekengeschäft. Berlin 1932.

Baur, F.: Grundstücksrecht. Schwenningen/N. 1946.

- - Zur Umstellung der Grundpfandrechte. NJW 1950, 49 ff.

Beitzke, G.: Interzonale Wirkungen der Forderungsenteignung. JR 1951, 705 ff.

- - Anmerkung zum Urteil des Kammergerichts(West) v. 15.12.1950 - 6 U 1201/50. JZ 1951, 367 f.

- - Hauptprobleme des interzonalen Privatrechts, JR 1952, 419 ff.

- - Anmerkung zum Urteil des BGH v. 30.3.1955 - IV ZR 210/54 (OLG Frankfurt/M.). JZ 1955, 585 f.

Beuck, W.: Interzonales Privatrecht. Köln 1951

Biermann, J.: Bürgerliches Gesetzbuch. 3.Buch: Sachenrecht. 3.Aufl., Berlin 1914.

Binder, J.: Zur Lehre von Schuld und Haftung. JhJb 77,75 ff.

Boehmer, G.: Erbfolge und Erbenhaftung. Halle 192[illegible].

- - Trennung von Hypothek und Forderung. ArchBürgR 37,205 ff.

- - Die Einwirkungen des zweiten Weltkrieges, der Nachkriegszeit und der Währungsreform auf privat-rechtliche Verhältnisse. 8. Beiheft zur Deutschen Rechts-Zeitschrift (DRZ). Tübingen 1949.

Bögelsack: Zur Frage der rechtsgültigen Erfüllung von Verbindlichkeiten des Hypothekenschuldners.HuW 1949, 210 ff.

Bruns, R.:	Anmerkung zum Urteil des LG Osnabrück v. 6.5.1947 - 1 S 37/47. MDR 1947,255.
- -	Anmerkung zum Urteil des LG Wuppertal v. 3.12.1946 - 2 C 80/46 - MDR 1947, 256 f.
Buchholz, F.:	Hypothekengewinnabgabe und Gleichheitssatz. NJW 1954, 217 f.
Cosack - Mitteis:	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2.Bd.: Sachenrecht. Recht der Wertpapiere. Gemeinschaftsrecht. Familienrecht. Erbrecht. 7.u.8.Aufl., Jena 1924.
Crome, C.:	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 3. Bd.: Rechte an Sachen und an Rechten. Tübingen 1905.
Dernburg, H.:	Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preussens. 4.Aufl., Halle 1908.
Drobnig, U.:	Extraterritoriale Reflexwirkungen ostzonaler Enteignungen. ZAIP 18, 659 ff.
Duden - Rowedder:	Kurzkommentar zum Vertragshilfegesetz. München und Berlin 1952.
Dümchen, E.:	Schuld und Haftung, insbes. bei den Grundpfandrechten. Die Reallasten. JhJb 54,355 ff.
Düringer - Hachenburg:	Kommentar zum Handelsgesetzbuch. II. Bd., 2.Hälfte. 3. Aufl., erläutert von J. Flechtheim. Mannheim - Berlin - Leipzig 1932.
Ehrenforth, W.:	Kommentar zum Bundesvertriebenengesetz. Berlin und Frankfurt/M. 1959.
Endemann, F.:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Bd., 1.Abt.: Sachenrecht. 8.u.9. Aufl., Berlin 1905.
Enneccerus - Lehmann:	Recht der Schuldverhältnisse. 15. Aufl., Tübingen 1958.
Enneccerus - Nipperdey:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 2. Halbband. 14.Aufl., Tübingen 1955.

Erman, W.:	Handkommentar zum BGB. 2.Aufl., Münster/Westf. 1958.
Fleiner, F.:	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl., Tübingen 1928.
Ficker, H.:	Grundfragen des deutschen interlokalen Rechts. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Heft 22. Berlin und Tübingen 1952.
Friedrich, W.:	Enteignung und Löschung von Unternehmungen in der Ostzone mit Vermögen in den Westzonen. SJZ 1948, 24 ff.
Fuchs, E.:	Grundbegriffe des Sachenrechts. Berlin 1917.
- -	Das Wesen der Hypothek und Grundschuld. Pfandrecht oder Realobligation? JW 1916, 465 ff.
Fuchs, R.:	Die Grundsätze des Versailler Vertrags über die Liquidation und Beschlagnahme deutschen Privatvermögens im Auslande (6. Band, 2. Teil von Leske - Loewenfeld: Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr). Berlin 1927.
Gadow:	Die Akzessorietät des Fahrnispfandrechts. JAkDR 1938, 111 ff.
Galperin, H.:	Gefahrengemeinschaft von Schuldner und Gläubiger (I.Teil). DRZ 1947, 141 ff.
Gierke, J.v.:	Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1959.
Gierke, O.v.:	Deutsches Privatrecht. 2.Bd.: Sachenrecht. Leipzig 1905.
Gotthardt, W.:	Die Haftung des Hypothekenschuldners bei aus Kriegsursachen erfolgter Zerstörung des verpfändeten Grundbesitzes. DRZ 1946, 9 ff.
Grimm, H.:	Zur Frage der "Ruinenhypotheken" (II. Teil). NJ 1950,302 f.

Grunz:	Hypotheken an kriegsgeschädigten Grundstücken. JR 1948,128.
Güthe, G.:	Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts. Berlin 1914.
Güthe - Triebel:	Güthes Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preussischen Ausführungsbestimmungen. II. Bd. 6. Aufl., Berlin 1937.
Hachenburg, M.:	Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge gehalten in den Jahren 1896/97. 2.Aufl., Mannheim 1900.
Hagelberg, E.:	Entwicklung und Probleme der neueren Hypothekenpraxis. Tübingen 1926.
Harmening, R.:	Lastenausgleich. Kommentar in 4 Bänden in Loseblattform. München und Berlin 1952 ff.
Harmening - Weber:	Hypothekengewinnabgabe. Kommentar zu den §§ 91 - 160 und 198 - 205 des Lastenausgleichsgesetzes. 2. Aufl., München und Berlin 1956.
Hartmann, G.:	Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875.
Heck, Ph.:	Grundriss des Sachenrechts. Tübingen 1930.
- -	Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1914.
- -	Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1932.
- -	Das Problem der Rechtsgewinnung. 2. Aufl., Tübingen 1932.
- -	Interessenjurisprudenz (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 97). Tübingen 1933.
Hedemann, J.W.:	Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl., Berlin 1960.

Hedemann, J.W.: Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. 2. Teil: Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart. 1. Hälfte: Das materielle Bodenrecht. Berlin 1930. 2. Hälfte: Die Entwicklung des formellen Bodenrechts mit einem Anhang: Bodenrecht u. neue Zeit. Berlin 1935.

Heymann, G.: Die Haftung des Hypothekenschuldners bei aus Kriegsursachen erfolgter Zerstörung des verpfändeten Grundbesitzes (II.Teil). DRZ 1946, 103 ff.

Hueck, A.: Gesellschaftsrecht. 9.Aufl., München und Berlin 1959.

Jaeger, E.: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen. 2,Bd.: KO §§ 47 - 244. 6.u.7.Aufl., Berlin und Leipzig 1936.

Jagusch: Zur Haftung des kriegsgeschädigten Hypothekenschuldners. DRZ 1947, 8 ff.

Jellinek, W.: Verwaltungsrecht, 3.Aufl., Berlin 1931 mit Nachtrag 1934 u. 1950.

Kegel, G.: Rohstoff- und Rüstungskredite. JZ 1951, 385 ff.

Kopp, W. v.: Kommentar zum Bundesvertriebenengesetz. Münster/Westf. 1957.

Korn, H.: Die Bereinigung dinglicher Schulden auf Trümmergrundstücken durch Vertragshilfe. MDR 1953, 206 ff.

Krech: Zur Kollision der Währungsnormen im Hypothekenrecht. NJW 1949, 296 f.

Kretzschmar, F.: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Besetzbuchs. Leipzig 1906.

Krüger: Die Haftung des Hypothekenschuldners bei aus Kriegsursachen erfolgter Zerstörung des verpfändeten Grundbesitzes (I.Teil). DRZ 1946,102 f.

Kruse, V.:	Das Eigentumsrecht. III.Bd. Berlin und Leipzig 1936.
Küchler, K.:	Die Sicherungsgrundschuld. Berlin 1939.
Larenz, K.:	Lehrbuch des Schuldrechts. 1. Bd.: Allgemeiner Teil. 3. Aufl., München und Berlin 1958.
- -	Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. 2. Aufl., München und Berlin 1957.
Laun, O.v.:	Die Abwälzung der Enteignung ostzonaler Hypotheken. VersR 1951,62 u. 92.
Lenhard, A.:	Die Eigentumsaufgabe von Grundstücken, die Eigentümerhypothek (Eigentümergrundschuld), ihr Verhältnis zueinander. ArchBürgR 35, 369 ff.
Lent, F.:	Sachenrecht. 8.Aufl., München und Berlin 1960.
Letschert, G.:	Dingliche gesicherte Forderungen als Passiva der DM - Eröffnungsbilanz. NJW 1951, 217 ff.
Lewald, W.:	Wirkungen der Enteignung durch einen fremden Staat. In: Beiträge zum Bürgerlichen Recht. Berlin und Tübingen 1950, S. 108 ff.
Lübtow, U.v.:	Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten. In der Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80.Geburtstag. I.Bd. Berlin - Tübingen - Frankfurt/M. 1956, S.328 ff.
Mayer, O.:	Deutsches Verwaltungsrecht. 2.Bd., 3.Aufl., München und Leipzig 1924.
Meilicke, H.:	Kommentar zum D-Markbilanzgesetz. Berlin und Frankfurt/M. 1949.
Merkel, K.:	Anmerkung zum Beschluss des BGH v.17.5.1955 - V ZB 11/55 (KG). NJW 1956, 104f.
Nathan, H.:	Zur Frage der "Ruinenhypotheken" (1.Teil). NJ 1950, 301 f.

Nehlert, G.:	Grundpfandrechte und Währungsumstellung. Berlin 1951.
Nikisch, A.:	Bodenrecht. Leipzig 1949.
Nussbaum, A.:	Deutsches internationales Privatrecht. Tübingen 1932.
- -	Lehrbuch des Deutschen Hypothekenwesens. 2. Aufl., Tübingen 1921.
- -	Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts. Tübingen 1925.
Oberneck, H.:	Das Hypothekenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897.
Oberneck, H.:	Das Reichsgrundbuchrecht. II.Bd., 4.Aufl., Berlin 1909.
Obst - Hintner:	Geld-, Bank- und Börsenwesen. 33.Aufl., Stuttgart 1951.
Oertelt:	Geht bei gutgläubigem Erwerb der Hypothek auch die persönliche Forderung auf den Zessionar über? Das Recht 1914, 294 f.
Oertmann, P.:	Kommentar zum BGB. 2.Buch: Recht der Schuldverhältnisse, 1.Abt., 5.Aufl., Berlin 1928.
Palandt, O.:	Kurzkommentar zum BGB. 18.Aufl., München und Berlin 1959.
Peters, H.:	Lehrbuch der Verwaltung. Berlin - Göttingen - Heidelberg 1949.
Planck:	Kommentar zum BGB. II.Bd., 1. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Allg.Teil). 4.Aufl., erläutert von Siber. Berlin 1914. III. Bd., 2. Hälfte: §§ 1113-1296. 5.Aufl., erläutert von Strecker und Flad. Berlin 1938.
Predari, C.:	Kommentar zur Grundbuchordnung. 2.Aufl., Berlin 1913.
Raape, L.:	Internationales Privatrecht. 4.Aufl., Berlin und Frankfurt/M. 1955.
Rabeling, H.:	Neuere Rechtsentwicklung zur Auswirkung ostzonaler Verfügungen über westliches Vermögen. Einwand der Verwirkung. MDR 1951, 715 ff.

Raiser, L.:	Anmerkung zum Beschluss des OLG Nürnberg v. 19.9.1949 - W 541/49 - 14 Q 119/49. SJZ 1950, 279 f.
- -	Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm v.20.2.1950 - 7 Wx 13/50. JZ 1951,177.
Reichel, H.:	Unklagbare Ansprüche. JhJb 59, 409 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB:	III. Bd.: Sachenrecht. 10.Aufl., bearbeitet von Denecke, Johannsen und Kregel. Berlin 1954.
Reinicke, G. und D.:	Zweifelsfragen zur Hypothekengewinnabgabe. NJW 1953, 43 ff.
Rheinstein, M.:	Die inländische Bedeutung einer ausländischen Zwangsvollstreckung in Geldforderungen. ZAIP 8, 277 ff.
Saage, E.:	Kommentar zum Vertragshilfegesetz. Berlin und Frankfurt/M. 1952.
- -	Schuldenregelung für Vertriebene und Sowjetzonenflüchtlinge. Kommentar zu den §§ 82 bis 89 des Bundesvertriebenengesetzes. Berlin und Frankfurt/M. 1953.
Sartorius, F.:	Gefahrengemeinschaft von Schuldner und Gläubiger (II. Teil). DRZ 1947,143 f.
Schätzler, J.G.:	Vertragshilfe bei Trümmerhypotheken. NJW 1956, 489 ff.
Schlegelberger, F.:	Kriegsrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 3. Aufl., Berlin 1941.
- -	Kommentar zum Handelsgesetzbuch. II. Bd., 3.Aufl., erläutert von E.Gessler. Berlin und Frankfurt/M. 1955.
Schmidt, K.A.:	Ostzonenhypotheken westdeutscher Versicherungsunternehmen. VersR 1950,153 u. 173.
Schmidt, R.:	Unechte Solidarität. JhJb 72, 1 ff.
Schmölder - Gessler - Merkle:	Kommentar zum D-Mark Bilanzgesetz. Stuttgart 1950.

Schnitzler, A.F.: Handbuch des Internationalen Privatrechts. 2.Bd., 4.Aufl., Basel 1958.

Schönke - Schröder - Niese: Lehrbuch des Zivilprozessrechts. 8. Aufl., Karlsruhe 1956.

Schreiber, O.: Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik. 1. Bd., Leipzig 1914.

Schulze-Brachmann - Meilicke- Georgi: Kommentar zum Lastenausgleichsgesetz. Berlin und Frankfurt/M. 1953.

Schütz, W.: Hypothek. Im Enzyklopädischen Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen. Bd. I, Frankfurt/M., 1957.

Schwind, E.v.: Wesen und Inhalt des Pfandrechtes. Jena 1899.

Seeger: Ultrazonale Auswirkungen von Enteignungsmassnahmen im Ostwährungsgebiet auf das Rechtsverhältnis zwischen Hypothekengläubiger und Schuldner-Eigentümer. JR 1951, 359 ff.

- Zur Doppelinanspruchnahme von Hypothekenschuldnern. NJW 1952, 210 f.

Seidl-Hohenveldern, J.: Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Heft 23. Berlin und Tübingen 1952.

Soergel, Hs.Th.: Kommentar zur BGB.
I.Bd.: Allgem.Teil, Recht der Schuldverhältnisse (Allg. Teil). 9.Aufl. (Soergel - Siebert), Stuttgart 1959.
III.Bd.: Sachenrecht, Familien- und Erbrecht. 8.Aufl., Stuttgart und Köln 1955.
IV. Bd.: Einführungsgesetz. 8.Aufl., Stuttgart und Köln 1955.

Stampe, E.: Das Aufwertungsurteil des Reichsgerichts vom 28.11.1923 und mein eigener Kampf für das Recht der Darlehensgläubiger. Greifswald 1924.

Staub, H.: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1.Bd., 14.Aufl., bearbeitet von Bondi und Pinner. Berlin und Leipzig 1932.

Staudinger, J. v.: Kommentar zum BGB. II.Bd.: Recht der Schuldverhältnisse. 1.Teil, 9.Aufl., erläutert von A.Werner München, Berlin und Leipzig 1930.

- - Kommentar zum BGB. III.Bd.: Sachenrecht. 2.Teil, 10. Aufl., erläutert von Kober. München, Berlin und Leipzig 1936. - 11. Aufl. (Bd.III, 2.Teil, Lfg.2), erläutert von Dittmann, Scherübl und Riedel, Berlin 1957.

Sternberg,L.: Die Bedeutung des § 1138 BGB. JhJb 61, 385 ff.

Straßmann - Nitsche: Kommentar zum Bundesvertriebenengesetz. 2.Aufl., München und Berlin 1958.

Strich, H.: Forderung und Hypothek im interzonalen Recht. Jur.Diss. Münster 1955.

Terhalle, F.: Hypothekarkredit. Im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, hrsg. v. Elster, A.Weber und Wieser. 5.Bd., 4.Aufl., Jena 1923, S. 318 ff.

Tietz, E.: Einwirkung von Kriegsschäden auf Hypotheken. NJW 1947/48, 165 ff.

Tuhr, A.v.: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 1.Bd.: Allgemeine Lehren und Personenrecht. Leipzig 1910.

Turnau - Förster: Das Liegenschaftsrecht nach den Deutschen Reichsgesetzen und den Preussischen Ausführungsbestimmungen. 1. Bd.: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2.Aufl., Paderborn 1902.

Veith, W.:	Der Einfluss der ostzonalen Enteignung auf die Bürgschaft. MDR 1951, 258 f.
Vogels, W.:	Vertragshilfe und Kriegsausgleichsverfahren. Kommentar. Berlin 1940.
Vollrath, H.:	Die Bedeutung des Akzessorietätsprinzips für die Verkehrshypothek des geltenden Rechts unter Gegenüberstellung der Lehre Hecks von der Zweckgemeinschaft. Erlanger jur. Diss. 1950.
Wachs, O.:	Hypothek und Kriegsschäden. DRZ 1947, 172 ff.
Walker, G.:	Internationales Privatrecht. 5.Aufl., Wien 1934.
Weber, H.W.:	Grundpfandrecht, persönliche Forderung und Bürgschaft bei Trümmergrundstücken. DRZ 1949, 145 ff.
Werhahn, J.W.:	Anwendbarkeit des § 3 VHG auf Zinsforderungen aus dinglich gesicherten Bankkrediten, NJW 1956,331 f.
Westermann, H.:	Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl., Karlsruhe 1956.
Wieacker, F.:	Bodenrecht. Hamburg 1938.
- -	Wandlungen der Eigentumsverfassung. Hamburg 1935.
Windscheid - Kipp:	Lehrbuch des Pandektenrechts. I.Bd., 9.Aufl., Frankfurt/M. 1906.
Wolf, R.:	Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg v. 5.7.1956 - 9 S 82/56. NJW 1957, 505 f.
Wolff, M.:	Das internationale Privatrecht Deutschlands. 3. Aufl., Berlin - Göttingen - Heidelberg 1954.
- -	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 3.Bd.: Das Sachenrecht. 9.Aufl., Marburg 1932.
Wolff - Raiser:	Sachenrecht. 10.Aufl., Tübingen 1957.

Würdinger, H.: Zur Haftung für Ostschulden, insbes. nach erfolgter Enteignung im Osten. SJZ 1950, 81 ff.

Zellner: Zur rechtsgültigen Erfüllung von Verbindlichkeiten des Hypothekenschuldners. HuW 1949,245.

Abkürzungsverzeichnis

AG	Amtsgericht
Arch Bürg R	Archiv für bürgerliches Recht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVFG	Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
GABl Bad.-Württ	Gemeinsames Amtsblatt des Landes Baden-Württemberg
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
HuW	Haus und Wohnung
JAkDR	Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht
JhJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LAG	Gesetz über den Lastenausgleich
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mot.	Motive zum BGB
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht
OLG Rspr	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
Recht	Zeitschrift "Das Recht"
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StAnpG	Steueranpassungsgesetz
UmstG	Drittes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Umstellungsgesetz)
VersR	Versicherungsrecht
VHG	Gesetz über die richterliche Vertragshilfe (Vertragshilfegesetz)
VHVO	Verordnung über die Vertragshilfe des Richters aus Anlass des Krieges (Vertragshilfeverordnung)
WiGBl	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
ZAIP	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.

Einleitung

Ueber das Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung bei einem hypothekarischen Rechtsverhältnis[1] bestanden zwar schon immer verschiedene dogmatische Auffassungen, dennoch mag es auf den ersten Blick so scheinen, als handle es sich hier um eine im wesentlichen ausgetragene, zu Ende diskutierte Streitfrage, der überdies keine praktische Bedeutung zukomme und die zumindest gegenwärtig nicht aktuell sei.

Es wurde bisher aber noch kaum beachtet, dass sich in der neueren Rechtsentwicklung, insbesondere seit dem Ende des zweiten Weltkrieges, auf besonderen Rechtsgebieten neue Gesichtspunkte hierzu ergeben haben, die zu erneutem Durchdenken dieser Frage zwingen. Im Vordergrund steht dabei das Problem, ob im Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung nicht auch bestimmte "Rückwirkungen" von der Hypothek auf die Forderung anzuerkennen seien, d.h. ob nicht bestimmte Ereignisse, die unmittelbar nur zum Wegfall der Hypothek führen (also ohne gleichzeitigen Wegfall der persönlichen Forderung), auch Auswirkungen für die Geltendmachung der persönlichen Forderung haben und ob nicht damit in gewisser Beziehung auch eine "umgekehrte Abhängigkeit", nämlich eine solche der persönlichen Forderung von der Hypothek, anzunehmen sei. In diesem Zusammenhang stellt sich regelmässig auch die Frage, ob und inwieweit wirtschaftliche Gegebenheiten und Vorstellungen für die rechtliche Beurteilung als massgebend erklärt werden können.

---

1) Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Untersuchung des Verhältnisses von Hypothek und Forderung bei der V e r k e h r s h y p o t h e k des geltenden Rechts. Im folgenden ist daher mit der Bezeichnung "Hypothek" auch stets nur die Verkehrshypothek gemeint.

Die diesbezüglichen Stellungnahmen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum erfolgen aber stets nur anlässlich und unter dem Aspekt bestimmter aktueller, konkreter Einzelfragen auf speziellen Rechtsgebieten, so z.B. bei dem Problem der "Ruinenhypotheken", auf dem Gebiet des Vertragshilferechts, bei der Hypothekengewinnabgabe, in der Vertriebenengesetzgebung, im interzonalen Recht und in der Rechtsprechung, die sich mit den Auswirkungen ostzonaler Enteignungen befasst. Die erste Aufgabe dieser Arbeit war nun, nach einer kurzen Darstellung der herrschenden dogmatischen Vorstellungen über das Verhältnis von Hypothek und Forderung, die genannten Sonderrechtsgebiete eingehend zu untersuchen und zu prüfen, ob die - oberflächlich betrachtet zusammenhanglosen - einschlägigen Einzelentscheidungen des Gesetzgebers und der Gerichte und die entsprechenden Ausführungen in der Literatur zu den konkreten Einzelfragen auf den verschiedenen Spezialgebieten auf einheitliche Grundgedanken zurückgeführt werden können.

Im Anschluss daran wurde versucht, durch eine ausführliche Untersuchung des wirtschaftlichen Charakters von Hypothek und Forderung im modernen Hypothekenwesen nachzuweisen, dass die in der neueren Rechtsentwicklung nur in Einzelentscheidungen angedeuteten neuen Gesichtspunkte hinsichtlich des Verhältnisses von Hypothek und Forderung durch die heutigen wirtschaftlichen Anschauungen allgemein bestätigt werden können.

Daraus ergab sich die Frage, ob und inwieweit die bestehenden Theorien über das Verhältnis von Hypothek und Forderung diese modernen wirtschaftlichen Vorstellungen und Gegebenheiten überhaupt berücksichtigen können. Die bei einer diesbezüglichen kritischen Ueberprüfung zutage tretende Diskrepanz zwischen rechtlichen und wirtschaftlichen Anschauungen führte dann zu dem Versuch, Gesetzesnormen zu finden, mit deren Hilfe die wirtschaftlichen Vorstellungen und Forderungen sich auch rechtlich verwirklichen lassen und mit denen zugleich die in der neueren Rechtsentwicklung feststellbaren neuen Gesichtspunkte, die sich bisher nur bei aktuellen Einzelfragen auf besonderen Rechtsgebieten für die rechtliche Beurteilung durchsetzen konn-

ten, ganz allgemein berücksichtigt werden können. Abschliessend war dann noch die dogmatische Einordnung der gefundenen Ergebnisse vorzunehmen mit dem Ziel einer neuen Bestimmung des Verhältnisses von Hypothek und Forderung, die eine weitgehende Uebereinstimmung der rechtlichen und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ermöglichen soll.

1. Teil

Die herrschenden dogmatischen Vorstellungen hinsichtlich des Verhältnisses von Hypothek und Forderung

1. Abschnitt: Die Theorie der einseitigen Abhängigkeit der Hypothek von der persönlichen Forderung

Nach der weit überwiegenden Meinung in Schrifttum und Praxis ist die Hypothek im Gegensatz zur Grundschuld, die ein selbständiges, von der persönlichen Forderung unabhängiges Recht darstellt, begrifflich mit einer persönlichen Forderung verknüpft und an diese angelehnt (akzessorisch). Es besteht danach eine einseitige Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung, so dass für das Entstehen und den Fortbestand der Hypothek die Existenz der zu sichernden Forderung notwendig ist, umgekehrt aber Ereignisse, die bei der Hypothek eintreten, die persönliche Forderung nicht beeinflussen. Die persönliche Forderung ist das Hauptrecht, die Hypothek - rechtlich gesehen - nur das Nebenrecht, nur ein "Anhängsel" der zu sichernden Forderung.[1)]

Zur Begründung dieser Auffassung von der akzessorischen Natur der Hypothek wird, abgesehen von Hinweisen auf ihre Gestaltung im römischen und im gemeinen Recht, besonders die Formulierung in § 1113 BGB ("zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung") gegenüber derjenigen der §§ 1191, 1192 BGB herangezogen. Weiter wird hierzu angeführt, dass die Hypothek ohne die Forderung nicht abgetreten, bela-

---

1) Vgl. u.a. RGZ 81,268; OLG Rspr 25,185; Wolff-Raiser, a.a.O., § 132 I; Planck-Strecker, Vorbem. 2a vor § 1113; Soergel-Baur, Vorbem. 22 vor § 1113; Westermann, a.a.O., § 93 II; Baur, Grundstücksrecht, a.a.O., S. 148; RGR-Komm. (Denecke), § 1113, Anm. 5d; Palandt - Hoche, Ueberblick vor § 1113 Anm. 2Aa; Dernburg, a.a.O., § 222; Turnau-Förster, a.a.O., § 1113 Anm. 2; Kretzschmar, a.a.O., Vorbem. II 3 vor § 1113; v.Schwind, a.a.O., S. 124; Fuchs, JW 1916, 466; v.Tuhr I, a.a.O., S. 230; Gadow, JAkDR 1938, 111; Boehmer, Arch Bürg R 37, 207.

stet oder gepfändet werden kann (§§ 401, 1153, 1154, 1069, 1274 BGB, 830 ZPO). Auch die Bestimmung des § 1137 BGB wird genannt, die die Einreden gegen die Forderung auf die Hypothek erstreckt.

Der schon bald nach der Entstehung des BGB gegen diese Theorie erhobene Einwand[2], das Institut des Eigentümergrundpfandrechtes spreche gegen die Akzessorietät der Hypothek, führte dann zu einer Modifizierung dieses Begriffs. Die Akzessorietät der Hypothek soll nicht bedeuten, dass bei Nichtigkeit oder Untergang der Forderung überhaupt keine Grundstücksbelastung vorhanden ist, sondern es soll damit nur ausgedrückt werden, dass die Belastung nur bei Bestehen der Forderung Hypothek - genauer Fremdhypothek - ist, im übrigen aber eine Eigentümergrundschuld vorliegt. Die Vorschrift des § 1177 BGB ("so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld") wird in diesem Sinne als konsequente Folgerung des Gesetzgebers bezeichnet. Die Hypothek gilt also nicht hinsichtlich des Bestands eines dinglichen Rechts, sondern nur hinsichtlich der Art des dinglichen Rechts und der Person des Berechtigten als akzessorisch.[3]

Auch gegen eine in dieser Weise definierte Akzessorietät der Hypothek wird ein bedeutsames Argument vorgebracht.[4] Es besteht in der Möglichkeit, dass infolge der Ausgestaltung des Gutglaubensschutzes in § 1138 BGB jemand eine Hypothek erwerben kann, auch wenn eine persönliche Forderung nicht besteht. Diesem Bedenken wird von den Vertretern der Lehre von der akzessorischen Natur der Hypothek auf verschiedene Weise entgegengetreten. Die einen sagen, § 1138 BGB fingiere für die Hypothek den Bestand einer Forderung und gerade durch diese Fiktion werde der akzessorische Charakter der Hypothek ge-

---

2) Vgl. unten 2. Abschnitt.
3) Vgl. Wolff-Raiser, a.a.O., § 132 I 1; Westermann, a.a.O., § 93 II 4a.
4) Vgl. unten 2. Abschnitt.

wahrt und bestätigt.[5] Andere sehen deshalb in § 1138 BGB keinen Widerspruch zum Anlehnungsdogma, weil sie diese Bestimmung dahin auslegen, dass bei Nichtigkeit der Forderung nur eine Grundschuld übertragen werde, bei Bestehen einer Forderung dagegen der gutgläubige Erwerb Hypothek und Forderung umfasse.[6] Meist wird aber § 1138 BGB schlicht als Ausnahme von dem Grundsatz der akzessorischen Natur der Hypothek zugunsten des gutgläubigen Erwerbers bezeichnet.[7]

2. Abschnitt: Die Theorie der Unabhängigkeit von Hypothek und persönlicher Forderung

Die Lehre von der akzessorischen Natur der Hypothek wurde schon seit Inkrafttreten des BGB von einem Teil der Wissenschaft abgelehnt und im Gegensatz dazu die Meinung vertreten, die Hypothek sei im BGB von ihrer Abhängigkeit von einer persönlichen Schuld gelöst worden, sie sei nunmehr gegenüber der persönlichen Forderung im wesentlichen selbständig und unabhängig.[8]

---

5) Vgl. Kretzschmar, a.a.O., Vorbem. III vor § 1113; Westermann, a.a.O., § 93 II 4a.

6) Vgl. Wolff-Raiser, a.a.O., § 132 Anm. 3 und § 137 II; vgl. auch J.v. Gierke, a.a.O., § 57 V; Boehmer, ArchBürgR 37, 206; Schreiber I, a.a.O., S. 320; Sternberg, JhJb 61,407.

7) Vgl. u.a. Planck-Strecker, Vorbem. 2a vor § 1113; v.Schwind, a.a.O., S. 125; Palandt-Hoche, Ueberblick vor § 1113, Anm. 2Aa.

8) Vgl. Staudinger-Kober, § 1113 Anm. 6; Hachenburg, a.a.O., S. 508, 534, 537; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, a.a.O., § 122,1; ders. Hypothekenrecht, a.a.O., S. 45; Biermann, a.a.O., § 1113 Anm. 2b; Güthe-Triebel II, a.a.O., S. 1888; Endemann, a.a.O., § 115; Lenhard, ArchBürgR 35,396 f; Dümchen, JhJb 54,363 f.; Predari, a.a.O., Einleitung, S. 121,123; Cosack-Mitteis II, 1, a.a.O., § 74 II 2b; Crome III, a.a.O., S. 652,656; Kruse III, a.a.O., S.1842. - Die grundsätzlicheren Angriffe gegen die Akzessorietätslehre von Heck und anderen Vertretern der "Theorie von der Zweckgemeinschaft" zwischen Hypothek und Forderung werden unten im 3. Abschnitt behandelt.

Für diese Ansicht werden folgende Gründe genannt:[9]

1. Das Institut des Eigentümergrundpfandrechts. Es wird als unvereinbar mit dem Begriff der Akzessorietät angesehen, dass die Hypothek als Grundpfandrecht selbständig ohne Forderung entstehen und ohne diese fortbestehen kann (vgl. bes. § 1163 BGB). Der Umstand, dass im ersten Fall stets, im zweiten möglicherweise der Eigentümer das Recht als Grundschuld erwirbt (§ 1177 BGB), wird als gleichgültig bezeichnet. Denn wenn die Hypothek wirklich akzessorisch, d.h. von einer Forderung abhängig wäre, so müsse sie auch ohne diese rechtlich unwirksam sein und könne dann auch nicht die Grundlage für die Entstehung eines anderen Rechts abgeben. Gerade die Möglichkeit der Umwandlung in eine Grundschuld beweise die Selbständigkeit des hypothekarischen Rechts.[10]

2. Der Schutz des guten Glaubens nach § 1138 BGB. Hier wird darauf abgehoben, dass zugunsten des gutgläubigen Erwerbers die Forderung fingiert und damit bestätigt werde, dass sie in Wahrheit fehle. Nicht mehr die Forderung sei Grundlage für das Pfandrecht, sondern das Pfandrecht bilde die Grundlage für die Forderung.[11] Damit werde auf dem Umweg der Fiktion die Unabhängigkeit der Hypothek von der Forderung anerkannt.[12]

3. Die Möglichkeit der Forderungsauswechselung nach § 1180 BGB. Das BGB lasse hier, wird gesagt, trotz des betonten gegenteiligen Grundsatzes (vgl. § 1153 Abs. 2 BGB) im Erfolg auch die Uebertragung der Hypothek ohne Forderung zu. Es zeige sich auch hier, dass nicht die Forderung das Fest-

---

9) Vgl. insbes. Staudinger-Scherübl, Einleitung zu § 1113 ff. Anm. 30.
10) Vgl. Güthe-Triebel II, a.a.O., S. 1888; Predari, a.a.O., Einleitung S. 123.
11) Vgl. Windscheid-Kipp I, a.a.O.,S. 1132.
12) Vgl. Predari, a.a.O., Einleitung S. 118; Endemann, a.a.O., S. 731, Anm. 63.

stehende und Prinzipale sei, von der die Hypothek abhängig sei, sondern die letztere sei der ruhende Pol und von der ursprünglichen Forderung unabhängig.[13]

4. Die Bestimmungen des § 1141 BGB (Kündigung) und des § 1146 BGB (Verzug des Eigentümers). Auch hier komme die Selbständigkeit der Hypothek gegenüber der persönlichen Forderung zum Ausdruck, da die Hypothek unabhängig von der Forderung fällig werden könne und möglicherweise die Haftung des Eigentümers weiter gehe als die des persönlichen Schuldners.[14]

5. Die oftmals getrennte Behandlung von Hypothek und persönlicher Forderung in der Aufwertungsgesetzgebung[15] und auch bei der Währungsumstellung 1948.[16]

Bezüglich der dogmatischen Folgerungen, die von den Vertretern dieser Theorie aus diesen Tatsachen gezogen werden, zeigen sich in der Literatur gewisse, allerdings geringfügige Abweichungen. Zum Teil wird die Ansicht vertreten, die Hypothek sei zwar noch hinsichtlich ihrer Entstehung an die Forderung angelehnt, im übrigen könne sie aber zu einem selbständigen Recht werden.[17] Andere behaupten, im Anschluss an die Protokolle der 2. Kommission,[18] die Existenz der Forderung sei überhaupt nur von Bedeutung für die Legitimation des Gläubigers der Hypothek.[19] Es wird auch festgestellt, die Regelung des BGB bilde gerade das Gegenteil einer Akzessorietät im früheren Rechtssinne. Nicht mehr die Hypothek stehe akzessorisch zur Forderung, sondern umgekehrt stehe in gewissem Sinne die Forderung

---

13) Vgl. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, § 122,1; Endemann, a.a.O., S. 729.
14) Vgl. Planck-Strecker, Vorbem. 2a vor § 1113 und Staudinger-Scherübl, Einleitung zu §§ 1113 ff. Anm. 30, die allerdings grundsätzlich an der Lehre von der akzessorischen Natur der Hypothek festhalten.
15) Vgl. Staudinger-Kober, § 1113 Anm. 7.
16) Vgl. Staudinger-Scherübl, Einleitung zu §§ 1113 ff. Anm. 30.
17) Vgl. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, a.a.O., § 122,1; Crome III, a.a.O., S. 652, 656.
18) Vgl. Prot. III, S. 539 f.
19) Vgl. Biermann, a.a.O., §.1113 Anm.2b; Hachenburg, a.a.O., S. 545 ff.

nunmehr akzessorisch zur Hypothek; hierbei wird auf § 1138 BGB (Fiktion der Forderung um der Hypothek willen) und auf § 1154 BGB (Uebertragung der Forderung nach den Grundsätzen des Liegenschaftsverkehrs) verwiesen.[20] Uebereinstimmung herrscht aber darüber, dass jedenfalls die Hypothek nicht mehr als akzessorisches Recht bezeichnet werden kann.

Den Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld sieht diese Theorie nicht mehr in dem Gegensatz von Abhängigkeit und Unabhängigkeit von einer persönlichen Forderung, sondern darin, dass die Hypothek eine Forderung "voraussetze", die Grundschuld dagegen nicht (§ 1192 BGB). Die Abhängigkeit der Hypothek sei im BGB zur "Voraussetzung" (Motiv) "abgeblasst",[21] d.h. das Ermangeln der Forderung stelle den Bestand der Hypothek nicht in Frage. Die Verschiedenheit von Hypothek und Grundschuld bestehe nur darin, dass erstere die Forderung, das "Warum" ihrer Begründung benenne, letztere dagegen es verschweige. Der Gegensatz zwischen Hypothek und Grundschuld sei also der gleiche wie derjenige zwischen einer Forderung aus bestimmtem Verpflichtungsgrunde (z.B. Kauf) und einer Forderung aus abstraktem Schuldversprechen (vgl. § 780 BGB).[22]

Zusammenfassend ist zu bemerken, dass bei der praktischen Anwendung dieser Theorie die Ergebnisse nur in ganz geringem Ausmass Abweichungen gegenüber der Lehre von der akzessorischen Natur der Hypothek zeigen. Im wesentlichen hat die Lehre von der Unabhängigkeit der Hypothek nur Bedeutung für die Frage, ob ein nach § 1138 BGB forderungslos erworbenes Grundpfandrecht eine Grundschuld oder eine Hypothek ist. Wer die Hypothek als ein selbständiges und unabhängiges Recht ansieht, muss in diesem Fall das Vorliegen einer Hypothek annehmen und daher ein Recht des redlichen Erwerbers auf Berichtigung des Grundbuchs ablehnen.[23]

---

20) Vgl. Staudinger-Kober, § 1113 Anm. 7; Endemann, a.a.O., S. 727 Anm. 42.
21) Predari, a.a.O., Einleitung S. 121.
22) Vgl. Staudinger-Kober, § 1191 Anm. 2; Hachenburg, a.a.O., S. 535 f.; Predari, a.a.O., Einleitung S. 121,124.

Im übrigen lassen sich die Auseinandersetzungen mit der Akzessorietätslehre auf zwei Grundfragen zurückführen: es ist einmal das Problem, welchen Inhalt der Begriff der Akzessorietät hat und zum andern die Frage, welche Normen des Hypothekenrechts die leitenden Grundgedanken zum Ausdruck bringen.[24)]

Auch die Vertreter der Akzessorietätslehre gestehen zu, dass eine strenge Akzessorietät in dem Sinne, dass das dingliche Recht als solches in seinem Entstehen und in seinem Bestand von dem Vorhandensein einer Forderung abhängig ist, im Unterschied zum Mobiliarpfandrecht bei der Hypothek nicht gegeben ist.[25)] Sie wollen aber - im Gegensatz zu den Anhängern der Lehre von der Unabhängigkeit der Hypothek - den Begriff der Akzessorietät nicht nur in diesem engen Sinne gebrauchen.[26)] Man geht also in dieser Streitfrage von derselben Sachlage aus, es besteht nur Uneinigkeit über die Bedeutung des Bestimmungsbegriffs.[27)]

Der andere umstrittene Punkt beruht darauf, dass die Bestimmungen des Hypothekenrechts sich in zwei gegensätzliche Gruppen aufteilen lassen, nämlich in die Gruppe der Normen, die einen Zusammenhang von Forderung und Hypothek zum Ausdruck bringen und in eine Gruppe von solchen, die die Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Hypothek betonen.[28)] Auch die Vertreter des Anlehnungsdogmas geben im allgemeinen zu, dass der Grundsatz der Akzessorietät der Hypothek im Gesetz nicht scharf durchgeführt ist,[29)] andererseits wird auch von den Anhängern der Lehre von der Unabhängigkeit der Hypothek nicht in Abrede gestellt, dass eine gewisse Abhängigkeit der Hypothek von der

---

23) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 346; Vollrath, a.a.O., S. 21 f.
24) Vgl. zu der zweiten Frage vor allem v.Schwind, a.a.O., S. 110 f.
25) Vgl. Planck-Strecker, Vorbem. 2a vor § 1113; Wolff-Raiser, a.a.O., § 132 I 1; Westermann, a.a.O., § 93 II.
26) Vgl. oben 1.Abschnitt.
27) Vgl. Endemann, a.a.O., § 115.
28) Vgl. v.Schwind, a.a.O., S. 110.
29) Vgl. u.a. Baur, Grundstücksrecht, a.a.O., S. 149; Planck-Strecker, Vorbemerkung 2a vor § 1113; Palandt-Hoche, Ueberblick vor § 1113 Anm. 2Aa.

Forderung in mancherlei Beziehung besteht.[30] Streitig bleibt zwischen beiden Lehrmeinungen im wesentlichen nur, ob die Hauptbedeutung bei denjenigen Bestimmungen liegt, die eine Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung erkennen lassen, und die anderen Normen nur Ausnahmen darstellen (Akzessorietätslehre), oder ob gerade die letzteren Bestimmungen, die die Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Hypothek betonen, die eigentlichen Grundgedanken des Gesetzes enthalten (Unabhängigkeitslehre).[31] Um hier einer sachlich wohl unangebrachten begrifflichen Disjunktion zu entgehen, wird auch von manchen vermittelnd die Hypothek als "eingeschränkt akzessorisch" bezeichnet.[32]

3. Abschnitt: Die Theorie der Zweckgemeinschaft von Hypothek und persönlicher Forderung

I. Grundsätzlicher als die bisher genannten Kritiker des Anlehnungsdogmas wendet sich H e c k gegen diese Lehre.[33] Er behauptet, die Entstehung der gemeinrechtlichen Lehre von der akzessorischen Natur der Hypothek sei nur von der damals vorherrschenden Methode der Begriffsjurisprudenz her zu erklären. Nach dieser Methode wurden die vorhandenen Rechtsnormen auf eine gemeinsame Strukturvorstellung (die "juristische

---

30) Vgl. Hachenburg, a.a.O., S. 536; Crome III, a.a.O., S. 652; Predari, a.a.O., Einleitung S. 124; Biermann, a.a.O., § 1113 Anm. 2b.

31) So v.Schwind, a.a.O., S. 110.

32) Vgl. Staudinger-Scherübl, Einleitung zu §§ 1113 ff. Anm. 30; Planck-Strecker, Vorbemerkung 2a vor § 1113; Baur, Grundstücksrecht, a.a.O., S. 149, 152; in dieser Richtung auch O.v.Gierke, Deutsches Privatrecht II, a.a.O., S. 843, 880, der zwar noch von einer Akzessorietät der Hypothek spricht, andererseits aber die Selbständigkeit der Hypothek sehr stark betont; ähnlich Dernburg, a.a.O., § 222: das BGB habe "der Sache nach die akzessorische Natur bei der Verkehrshypothek nicht festgehalten, wohl aber in dem juristischen Aufbau".

33) Vgl. Sachenrecht, a.a.O., S. 323 ff.

Natur", den "Begriff"), die für die Ausgestaltung der Normen als kausal gedacht wurde, zurückgeführt und dann wieder aus dieser Vorstellung neue Normen als Folgerungen abgeleitet.[34] Heck meint nun, es seien gewisse Erscheinungen des Hypothekenrechts zu Unrecht als Folgerungen der Strukturvorstellung "Abhängigkeit der Hypothek von der persönlichen Forderung" aufgefasst worden, während sie in Wirklichkeit - wie es die Interessenjurisprudenz immer vertritt - auf Lebensinteressen beruhen würden. Das irrige Dogma sei auch die Grundlage für die Gestaltung der Hypothek im BGB gewesen und habe dabei zu Gesetzesvorschriften geführt, die lebensfremd seien und mit den Verkehrsbedürfnissen in Widerspruch stünden.

Den Ausgangspunkt der Vorstellung von der akzessorischen Natur der Hypothek sieht Heck in einer irrigen Deutung von zwei Erscheinungen im Hypothekenrecht, die er als "Zweckformel" und als "Aufhebungsgemeinschaft" bezeichnet.[35] Unter "Zweckformel" versteht er die Tatsache, dass die Hypothek "zur Sicherung einer Forderung" bestellt werde und der "Sicherung einer Forderung" diene. Die herrschende Meinung sehe nun in dieser "Zweckformel", die auch in die Formulierung des § 1113 BGB ("zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung") aufgenommen sei, einen voll adäquaten Ausdruck für die akzessorische Natur der Hypothek, d.h. dafür, dass die Hypothek von dem Gebotsgebilde der Forderung abhängig sei, dass diese das Hauptrecht, die Hypothek nur das Nebenrecht sei. Wenn man aber von der Interessenlage, die hier vorliege, ausgehe, sei diese Formel anders auszulegen. Für die Parteien stehe die Leistung eines Geldbetrags im Vordergrund. Die Mittel, welche die Rechtsordnung für deren Erlangung gewähre, die subjektiven Rechte, die juristischen Gebotsgebilde, seien für den Laien erst in zweiter Linie interessant. Er verstehe bei der "Zweckformel" unter "Sicherung der Forderung" nur die "zweite Sicherung" einer schon einmal

---

34) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 323; ders., Rechtsgewinnung, a.a.O., S. 17; ders., Begriffsbildung, a.a.O., S. 72.
35) Vgl. zum folgenden: Sachenrecht, a.a.O., S. 325 ff.; vgl. auch die Darstellung bei Vollrath, a.a.O., S. 23 ff.

durch das Sanktionsmittel der Forderung gesicherten Leistungsaussicht, nicht aber eine Sicherung des konkurrierenden Mittels, des Gebotsgebildes der Personalforderung. Der Heck einer Verbindung von persönlicher Forderung und Hypothek werde im Leben darin gesenen, dass die Leistungsaussicht (z.B. die Aussicht auf Rückzahlung eines Darlehens) doppelt gesichert werden solle.[36] Der Gläubiger solle zwei Zwangsmittel haben, um eine Leistung einmal zu erhalten. Der Zusammenhang zwischen beiden Rechten sei als "Zweckgemeinschaft" zu bezeichnen.

Als "Aufhebungsgemeinschaft" bezeichnet Heck den Vorgang, dass bei Befriedigung des Gläubigers, bei Zweckerreichung, beide Rechte untergehen, genauer - der Gläubiger beide Rechte verliert. Da sei fälschlicherweise nun so gedeutet worden, als ob die Befriedigung des Gläubigers zunächst nur die Aufhebung der persönlichen Forderung bewirken würde. Da aber mit der persönlichen Obligation auch die Hypothek (als Fremdhypothek) verschwunden sei, habe man diese beiden Vorgänge in einen kausalen Zusammenhang gebracht, sie gleichsam als "gestaffelt" gedacht. Der Untergang der Hypothek (d.h. ihr

---

36) Ähnlich auch Vinding Kruse, a.a.O., S. 1837 ff. Er stellt fest, dass die Hypothek kein akzessorisches oder subsidiäres Recht sei. Sie sei nicht subsidiärer als das Forderungsrecht oder ein beliebiges anderes Recht. Man habe für das Anlehnungsdogma zwei Grundbegriffe zusammengestellt und ohne es zu bemerken, bei derselben Frage bald den einen, bald den anderen als Einteilungsgrundlage benutzt, nämlich die Begriffe Rechtsgut oder Leistung und Rechtsschutz. Wenn man sich weigere, die Forderung als subsidiär zu bezeichnen, habe man eben das Rechtsgut (Leistung) in Gedanken als Einteilungsgrund vor sich, während man an den Rechtsschutz denke, wenn man die Hypothek subsidiär nenne. Aber bei jedem Recht sei das Rechtsgut (Leistung) das Prinzipale und der Rechtsschutz stets das Subsidiäre. Das Rechtsgut sei bei der Forderung in Wirklichkeit genau dasselbe wie bei der Hypothek, nämlich die Leistung eines Geldbetrags. Diese Geldleistung sei bei der Hypothek wie beim Forderungsrecht gleich prinzipal. Dagegen sei der Rechtsschutz im Verhältnis zu dem Gut, welches er schütze, immer etwas Subsidiäres.

Verlust für den Gläubiger) sei somit als eine sekundäre Wirkung des Untergangs der Forderung erschienen und damit als eine Bestätigung der akzessorischen Natur der Hypothek. Für die Annahme einer solchen gestaffelten Wirkung liege aber gar kein Anlass vor. Die Aufhebungsgemeinschaft beruhe allein darauf, dass mit der Befriedigung des Gläubigers das Ziel der Zweckgemeinschaft erreicht worden sei. Für diesen Fall seien Normen erforderlich, die in die persönliche Forderung und die Hypothek gleichmässig eingriffen.

Heck anerkennt also keine einseitige Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung, ebensowenig eine Unabhängigkeit der Hypothek von der Forderung, sondern er sieht den Zusammenhang beider Rechte in einer "Zweckgemeinschaft", beide Rechte erstreben und sichern nebeneinander die Befriedigung desselben Interesses, derselben Leistungsaussicht. Keines der beiden Rechte könne in diesem Sinne als das "Hauptrecht" und das andere als "Nebenrecht" bezeichnet werden; zwischen der persönlichen Forderung und der Hypothek bestehe eine "wechselseitige, paritätische Abhängigkeit" in der Weise, dass der Wegfall des einen Rechts zugleich auch den des anderen nach sich ziehe, wenn die Befriedigung des Gläubigerinteresses erfolge.[37]

Zur Bestätigung seiner Theorie führt Heck vor allem vier sogenannte "typische Versagensfälle" an:[38] Verjährung (§ 223 Abs. 1 BGB), Konkurs (§§ 14, 47, 48 KO), Zwangsvergleich (§ 193 S.2 KO) und Nachlasserschöpfung (§§ 1137 Abs.1 S. 2, 1971 BGB). In diesen Fällen bleibe trotz Versagens der persönlichen Forderung die Hypothek voll wirksam. Diese Regelung widerspreche dem Anlehnungsdogma, da nach diesem eine Hemmung der Rechtsverfolgung aus der Forderung in gleicher Weise auch auf die Hypothek einwirken müsste. Sie entspreche andererseits der Theorie der Zweckgemeinschaft, da in den genannten Fällen die Befriedigung des Gläubigers nicht eingetreten sei und nach dem Interessengehalt der Zweckgemeinschaft gerade in solchen Fällen die Hypothek ihren Zweck

---

37) Vgl. Sachenrecht, a.a.O., S. 328, 331.
38) Vgl. Sachenrecht, a.a.O., S. 329.

erfüllen müsse, das Leistungsinteresse des Gläubigers zu verwirklichen.

Heck zieht daraus die Folgerung, dass der Gesetzgeber, obwohl er von der Vorstellung einer akzessorischen Hypothek ausging, auf die konsequente Durchführung dieses Dogmas im Interesse der Verkehrsbedürfnisse verzichten musste. Da Heck dieses Dogma als irrig ansieht, will er darüber hinaus in allen Fällen, in denen Gesetzesvorschriften, die unter dem Einfluss des Anlehnungsdogmas zustande kamen, bei ihrer Anwendung nach seiner Ansicht zu unangemessenen und lebensfremden Ergebnissen führen, zur Gebotsberichtigung übergehen. Der Richter sei zwar an die Werturteile des Gesetzgebers gebunden, nicht aber an wertungsfreie Begriffskonstruktionen.[39] Im übrigen verweist Heck zur Ausfüllung dadurch entstehender Lücken häufig für das Verhältnis von Forderung und Hypothek auf die Analogie zur Gesamtschuld, die eine gesetzlich eingehend geregelte Zweckgemeinschaft darstelle.[40]

II. Den Auffassungen Hecks folgt weitgehend K ü c h l e r,[41] der allerdings in erster Linie die Probleme des Verhältnisses von Forderung und dinglichem Recht bei der Sicherungsgrundschuld untersucht. Auch er betont, dass die Beziehungen zwischen persönlicher Forderung und Hypothek sich nicht nach den Grundsätzen einer einseitigen Akzessorietät der Hypothek bestimmten, sondern nach denen einer Zweckgemeinschaft. Sicherungsobjekt der Hypothek sei nicht die Forderung, sondern allein die beiden Rechten gemeinsame Leistungsanwartschaft des Gläubigers. Daraus folge, dass für die Hypothek nicht das Schicksal der Forderung entscheidend sei, sondern

---

39) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 333 f.; ders., Rechtsgewinnung, a.a.O., S. 33; ders., Gesetzesauslegung, a.a.O., S. 241; ders., Begriffsbildung, a.a.O., S. 87.
40) Vgl. Sachenrecht, a.a.O., S. 327, 330, 389.
41) Die Sicherungsgrundschuld, a.a.O.

das Schicksal des "Gläubigerbekommensollens".[42] Jede Form der Befriedigung des Gläubigers wirke nach dem Wesen der Zweckgemeinschaft automatisch auf beide Rechte ein.

Aber neben der Befriedigung des Gläubigers sei auch für andere Ereignisse, die bei dem einen oder anderen Recht eintreten könnten (z.B. Untergang der Forderung, Untergang der Hypothek, Verwandlung der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld, Verwandlung der Forderung in eine Naturalobligation, Entstehen einer Einrede gegen die Forderung, gegen die Hypothek, Nichtentstehen der Forderung, Entstehen der Forderung als Naturalobligation, Entstehen der Hypothek als Eigentümergrundschuld, Nichtigkeit der Hypothek), die Abhängigkeit der Forderung und Hypothek von dem beiden Rechten gemeinsamen Zweck von Bedeutung. Für die Frage, ob diese Ereignisse eine Wirkung auf das andere Recht ausübten, liege das entscheidende Kriterium stets in der Auswirkung auf die Leistungsanwartschaft. Wenn von dem bei einem Recht eintretenden Ereignis auch die gemeinsame Leistungsanwartschaft berührt werde, so finde eine automatische Wirkung auch auf das andere Recht statt. Sei dagegen das Ereignis ohne Einfluss auf die Leistungsanwartschaft des Gläubigers, wie z.B. in den von Heck erwähnten "typischen Versagensfällen", so werde das andere Recht von diesem Ereignis nicht berührt.[43] Dementsprechend sei die Vorschrift des § 1163 Abs. 1 BGB in folgender Form zu lesen: "Ist die Forderung, für die eine Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt und damit dem Gläubiger aus diesem Grunde jegliche Leistungsanwartschaft versagt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. Erlischt die Forderung und ist damit jegliche Leistungsanwartschaft weggefallen, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek." Auch der umgekehrte Tatbestand, also eine Veränderung bei der Hypothek und die Frage, ob eine Rückwirkung auf die Forderung eintrete, sei in gleicher Weise zu entscheiden.[44]

---

42) Vgl. Sicherungsgrundschuld, a.a.O., S. 59.
43) Vgl. Sicherungsgrundschuld, a.a.O., S. 57 ff.
44) Sicherungsgrundschuld, a.a.O., S. 76.

Eine Bestätigung für diese aus dem Wesen einer Zweckgemeinschaft sich ergebenden Grundsätze findet auch Küchler in den Normen über die Gesamtschuld, die hier analog herangezogen werden könnten, da die Hypothek mit der Forderung ein gesamtschuldähnliches Verhältnis bilde.[45)46)]

III. Zu demselben Ergebnis in dieser Frage kommt neuerdings v. L ü b t o w .[47)] Der einzige wesentliche Unterschied gegenüber den Auffassungen von Heck und Küchler besteht darin, dass er zur Konstruktion der Hypothek den Begriff des "Anrechts" heranzieht.[48)] Unter "Anrecht" versteht er, im Anschluss an Stampe,[49)] "das von der Rechtsordnung an-

---

45) Vgl. Sicherungsgrundschuld, a.a.O., S. 35, 41, 73.

46) Gegen die Annahme einer einseitigen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung wendet sich auch W i e a c k e r , Bodenrecht, a.a.O., S. 189,190; ähnlich auch Nikisch, a.a.O., S. 98. Die Verkehrshypothek sei nicht nur unterstützende, zusätzliche Sicherung für den Fall, dass die Leistung der persönlichen Schuld ausbleibe. Vielmehr betrachte der Rechtsverkehr in Uebereinstimmung mit dem wirklichen Gefüge die Hypothekenhaftung nicht als Hilfshaftung, sondern als wirtschaftlich gleichwertige oder vorwiegende Haupthaftung. Zwischen Forderung und Hypothek bestehe eine Zweckgemeinschaft, die sich vor allem in einer Sicherungs- und Befriedigungsgemeinschaft äussere, d.h. die Leistung der persönlichen Schuld vertrete die Befriedigung durch die Hypothek und umgekehrt.

47) Die Struktur der Pfandrechte und Reallasten, a.a.O.

48) Einen Konstruktionsversuch mit diesem Begriff hat vorher schon Schreiber, Schuld und Haftung, a.a.O., unternommen. Als "Anrecht" bezeichnet er die Aktivseite der Schuld, die Aktivseite der Haftung nennt er dagegen "Deckung" (S. 21). Das Anrecht stelle sich dar als der Zweck, den das Recht mit seinem Befehl an den Schuldner verfolge (S. 45). Während nach v.Lübtow die Forderung und die Hypothek dasselbe Anrecht sichern, konstruiert Schreiber die Hypothek mit zwei Anrechten. Der Gläubiger habe hier ein Anrecht mit schuldrechtlicher Deckung gegen seinen Schuldner, das sei seine Forderung; als zweite Deckung für dieses Anrecht stehe ihm ein weiteres Anrecht mit sachenrechtlicher Deckung am Grundstück zur Verfügung (S. 318). Zu dieser Konstruktion wird Schreiber insbesondere durch das Institut des Eigentümergrundpfandrechts und die Vorschrift des § 1138 BGB bestimmt (vgl. S. 311 ff.).

49) Das Aufwertungsurteil des Reichsgerichts, a.a.O., S. 37 ff., 59.

erkannte Interesse des Berechtigten, einen Gegenstand empfangen und behalten zu dürfen". Das Anrecht sei entpersönlicht, es werde nicht das Tun einer bestimmten Person erstrebt, sondern nur eine bestimmte Empfangnahme bezweckt. Es sei hierbei nicht entscheidend, wie gegeben wird und wer gibt.

Immer wenn eine Wertbewegung dazu bestimmt sei, das Eigentum an einem Gegenstand zu verschaffen, entstehe ein Anrecht auf dieses Eigentum. Es stelle ein subjektives Recht dar, das allerdings weder zu den obligatorischen noch zu den dinglichen Rechten gehöre, sondern über diesen beiden Gruppen stehe. Das Anrecht könne freiwillig befriedigt werden, enthalte aber als solches für sich allein keine Zwangsbefugnis. Meist stünden aber dem Inhaber des Anrechts schuld- oder auch sachenrechtliche Zwangsmittel zu seiner Verwirklichung zu. Das schuldrechtliche Mittel zur Durchsetzung des Anrechts stelle die Forderung dar, ein dingliches Mittel dagegen das Pfandrecht.[50)]

Damit ergibt sich nach v. Lübtow, dass das Pfandrecht in Wirklichkeit ein Anrecht sichert, nicht aber die persönliche Forderung, denn diese ist danach nur ein weiteres Sicherungsmittel des Anrechts. v.Lübtow beruft sich zur Begründung dieser Ansicht besonders auf die von Heck schon in den Vordergrund gestellten "typischen Versagensfälle". Z.B. bestimme die Vorschrift des § 193 S. 2 KO, dass die Rechte der Gläubiger aus dinglichen Sicherungen durch den Zwangsvergleich nicht berührt würden. Die herrschende Lehre ziehe daraus den Schluss, dass die Konkursforderung in Höhe des erlassenen Betrages als natürliche Verbindlichkeit oder haftungslose Schuld fortbestünde. Dazu sei sie gezwungen, da sie die Hypothek als akzessorisches Recht ansehe. Das stelle aber eine unzulässige petitio principii dar, da die §§ 196, 197 KO ausdrücklich von vergleichsweisem Erlass der Forderung, also Wegfall jeder Rechtspflicht, sprechen würden. Es sei auch ein methodisch unzulänglicher Weg, den Widerspruch mit dem Anlehnungsdogma mit Hilfe einer Fiktion auszuräumen oder schlicht eine Ausnahme von der Regel anzunehmen; in Wahrheit

---

50) Vgl. v. Lübtow, a.a.O., S. 331.

ergebe sich aus diesen Bestimmungen, dass die Hypothek eben nicht eine Forderung, sondern ein Anrecht sichere. Falle die Forderung ganz oder teilweise durch den Zwangsvergleich weg, so verbleibe die Hypothek dem Berechtigten uneingeschränkt als Befriedigungsmittel des Anrechts.[51)]

Für den Bestand der Forderung und auch der Hypothek sei also stets das Bestehen des Anrechts entscheidend. Wenn das Anrecht nicht entstanden sei oder nicht mehr bestehe, so sei auch die Hypothek als Durchsetzungsmittel ebenso hinfällig geworden wie eine etwa begründete Forderung. § 1163 BGB sei also dahingehend auszulegen: "Ist das Anrecht auf Empfangnahme der Geldsumme und damit auch die Forderung endgültig nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. Erlischt das Anrecht und damit auch die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek." Keines der beiden Sicherungsmittel sei zu dem anderen akzessorisch, aber beide seien akzessorisch im Verhältnis zum Anrecnt insofern, als sie wegfielen, wenn das Anrecht durch freiwillige Zahlung befriedigt werde.[52)]

Der einzige Unterschied in den Darlegungen von v.Lübtow zu der Frage des Verhältnisses von Forderung und Hypothek liegt gegenüber Heck und Küchler darin, dass er das, was Heck als "Leistungsaussicht" oder "Gläubigerinteresse" und Küchler als "Leistungsanwartschaft" bezeichnet, unter den Begriff des "Anrechts" bringt.

---

51) Vgl. v. Lübtow, a.a.O., S. 335.
52) v. Lübtow, a.a.O., S. 345 ff.

2. Teil

Moderne Entwicklungen im Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung

1. Abschnitt: Das Auftreten neuer Prinzipien für das Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung auf besonderen Rechtsgebieten

I. "Ruinenhypotheken"

1. In den ersten Nachkriegsjahren war es eine der bedeutsamsten und drängendsten Rechtsfragen, ob und inwieweit sich die Zerstörung von hypothekarisch belasteten Grundstücken durch Kriegshandlungen, insbesondere durch Fliegerangriffe, auf die Geltendmachung der Rechte des Hypothekars auswirken würde. Das Hauptproblem bestand darin: durfte der Hypothekengläubiger, obwohl das mit einer Hypothek belastete Grundstück verbombt und weitgehend entwertet war, dennoch aus der der Hypothek zugrundeliegenden persönlichen Forderung gegen den Schuldner vorgehen und von ihm Zahlung in voller Höhe verlangen? Diese ursprünglich heiss umkämpfte Frage verlor dann allerdings später durch die Währungsreform und durch die Vertragshilferegelungen weitgehend ihre Bedeutung.[1] Die damaligen Auseinandersetzungen bleiben aber insofern wertvoll, als sie auf interessante moderne Tendenzen in Rechtsprechung und Schrifttum bei der Betrachtung des Verhältnisses von Hypothek und persönlicher Forderung hinweisen.

2. a) Bei dem Streit um die Behandlung der "Ruinenhypotheken" wurde von der einen Seite vertreten,[2] dass nach der klaren Regelung des BGB die persönliche Forderung von einer

---

1) Vgl. Wolff-Raiser, a.a.O., § 138 II 1a; Soergel-Baur, Vorbemerkung 24b vor § 1113.
2) Vgl. Wolff-Raiser, a.a.O., § 138 II 1a; Soergel-Baur, Vorbemerkung 24c vor § 1113; Heymann, DRZ 1946,103; Krueger, DRZ 1946,102; Jagusch, DRZ 1948,8; Sartorius, DRZ 1947,143; Weber, DRZ 1949,145; Boehmer, 8.Beiheft zur DRZ 1949,15 ff.; - OLG Kiel SJZ 1947,191.

Entwertung des Pfandobjekts nicht berührt werde. Selbst wenn das Grundstück ganz untergehe, falle nur das dingliche Recht weg, die persönliche Forderung bleibe aber auch dann dem Gläubiger erhalten; nach der Konstruktion des BGB sei nur die Hypothek von der Forderung abhängig, nicht aber umgekehrt die Forderung von der Hypothek. Auch bei Heranziehung des § 242 BGB könne die Forderung in solchen Fällen nicht herabgesetzt werden, denn es wäre unbillig, wenn ein Gläubiger, der sich zusätzlich zu seiner Forderung eine Hypothek an einem Grundstück des Schuldners habe einräumen lassen, schlechter stehe, als wenn er sich mit der persönlichen Forderung begnügt hätte. Im übrigen handle es sich hier um ein Problem des allgemeinen Lastenausgleichs, das nur der Gesetzgeber lösen könne; bis zu einer solchen gesetzlichen Regelung müssten etwa anhängige Prozesse ausgesetzt werden. Wenn man eine solche Aufgabe den einzelnen Gerichten überlasse, müsse eine unerträgliche Rechtsunsicherheit eintreten.[3]

b) Diese Ansicht wurde von anderer Seite scharf bekämpft.[4] Es wurde argumentiert, die Gerichte seien, wenn der Gesetz-

---

3) Krüger, a.a.O., weist besonders darauf hin, dass ein gerechter und billiger Ausgleich zwischen Hypothekengläubigern und Hypothekenschuldnern die Gerichte aus dem Grunde vor kaum zu lösende Aufgaben stelle, weil die Hypothekengläubiger überwiegend Institutsgläubiger seien. Diese aber legten im wesentlichen fremde Mittel an. Fast jeder Bürger sei an Hypotheken irgendwie beteiligt durch Abschluss einer Lebensversicherung, Einlagen bei einer Sparkasse, Besitz von Hypothekenpfandbriefen, durch zukünftige Ansprüche gegen die Angestelltenversicherung, Landesversicherungsanstalten und Pensionskassen. Wenn schon ein Ausgleich zwischen Hypothekenschuldnern und privaten Hypothekengläubigern schwierig sei, so sei doch eine Abwägung der Bedürfnisse von Hypothekenschuldnern und Institutsgläubigern noch ungleich komplizierter und für die Gerichte eine nicht zu bewältigende Aufgabe.

4) Vgl. insbesondere OLG Frankfurt SJZ 1947,189; OLG Dresden NJ 1950,319; Gotthardt, DRZ 1946, 9 ff.; Nathan, NJ 1950, 301 f.; Tietz, NJW 1947/48, 165 ff.

geber nicht spreche, in gleicher Weise wie einst bei der Aufwertungsrechtsprechung verpflichtet, einen Ausgleich zwischen Hypothekengläubigern und Hypothekenschuldnern vorzunehmen. Hierbei sei wesentlich, dass die Zerstörung des Grundstücks auch auf die persönliche Forderung einwirke, der Hypothekenschuldner könne in diesen Fällen auf Grund des § 242 BGB auch von der persönlichen Haftung befreit werden. Von den meisten wurde hierfür die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage herangezogen.[5)] Bei der Begründung dieser Meinung wurde durchweg auf die unterschiedliche Bedeutung der Hypothek und der persönlichen Forderung im modernen Wirtschaftsleben abgestellt. Der Gläubiger erstrebe fast immer beim Hypothekengeschäft eine mit grösstmöglicher Sicherheit ausgestattete langfristige Kapitalanlage. Dabei sei allein der Wert des Grundstücks entscheidend, die Person des Darlehensnehmers trete ganz zurück, nur das Grundstück werde beliehen. Man könne hierbei auch vom "Kauf einer Sicherheit" sprechen. Das Schwergewicht der Hypothekenforderung liege beim dinglichen Recht, bei der Hypothek, und damit auf der Beziehung zum Grundstück. Wirtschaftlich gesehen stelle die Hypothek eine Beteiligung am

---

5) Ueber die Anwendbarkeit dieser Lehre für die vorliegenden Fälle wurde ausführlich diskutiert. Es wurde darauf hingewiesen, dass diese Lehre nur Sinn habe für gegenseitige Verträge und nur Anwendung finden könne bei einer unzumutbaren Diskrepanz von Leistung und Gegenleistung; diese Voraussetzungen seien bei einem Darlehen nicht gegeben (vgl. bes. Jagusch, a.a.O.; Heymann, a.a.O.; Wachs, DRZ 1947, 172 ff.). Gerade diesen Bedenken suchte Gotthardt, a.a.O., dadurch zu entgehen, dass er den Hypothekenvertrag nicht als einen einseitig verpflichtenden Darlehensvertrag, sondern als Kapitalanlagevertrag, als "Kauf einer Sicherheit" konstruierte, also einen gegenseitigen Vertrag annahm, auf den die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage anwendbar sei. Letztlich war aber die Erörterung dieser Streitfrage völlig überflüssig, da jedenfalls der Grundsatz von Treu und Glauben das ganze bürgerliche Recht beherrscht und auch unmittelbar auf das Darlehen angewendet werden kann (vgl. auch Tietz, a.a.O.; Heymann, a.a.O.).

Grundstück dar.[6] Zwar seien die normalen Risiken des Wirtschaftslebens vom Eigentümer zu tragen; wenn aber die Basis des ganzen Geschäfts - und das sei eben das Grundstück bei allen Hypotheken, die der Gläubiger als langfristige Kapitalanlage erworben habe - ihrem wesentlichen Werte nach wegfalle, dann müsse in gleicher Weise auch die persönliche Forderung, die - wirtschaftlich gesehen - nur ein nebensächliches "Anhängsel" des dinglichen Rechts darstelle, betroffen werden; in diesem Fall könne dann der persönliche Schuldner gegenüber dem Gläubiger sich auf § 242 BGB berufen.

---

6) Das betont auch Bruns, MDR 1947, 256, der auf die Ähnlichkeit der Situation bei den Ruinenhypotheken mit derjenigen bei der Aufwertungsrechtsprechung hinweist. Der Billigkeitsgrund, der die Aufwertungsrechtsprechung getragen habe, sei die Tatsache gewesen, dass - wirtschaftlich gesehen - jedes Grundpfandrecht einen Wertanteil am Grundeigentum darstelle. Da der Wert des Grundeigentums über den Währungsverfall erhalten geblieben sei, wäre es damals ungerechtfertigt erschienen, wenn der Grundeigentümer infolge der Zerrüttung der Währungsverhältnisse unbelastetes "Volleigentum" erlangt hätte. Bruns meint nun, dieser Gedanke aus der Aufwertungsrechtsprechung könne, mit umgekehrtem Vorzeichen, auch bei den Ruinenhypotheken Anwendung finden, insbes. dort, wo Grundstücksbelastungen als dauernde Kapitalanlagen gedacht waren. Auch hier müssten dann die persönlichen Forderungen als blosse "Anhängsel" betrachtet werden. - Obwohl Bruns diese Lösung für vertretbar hielt, sprach er sich doch dafür aus, Prozesse um Ruinenhypotheken auszusetzen und auf eine Lösung durch den Gesetzgeber zu warten, da im Unterschied zu der Lage bei der Aufwertungsrechtsprechung das Problem sich nicht in den privaten Beziehungen zwischen Gläubigern und Grundstückseigentümern erschöpfe, sondern vielmehr wichtige öffentliche Gesichtspunkte dabei eine Rolle spielten.
Auch Wachs, a.a.O., S. 176, der ebenfalls eine Lösung der Frage der Ruinenhypotheken durch den Gesetzgeber für besser hielt als durch den einzelnen Richter, wies darauf hin, dass in der Gegenwart der Hypothek gegenüber der Forderung die Hauptbedeutung zukomme und dass damit für die rechtliche Behandlung der hypothekarisch gesicherten Forderung weitgehend das Pfandgrundstück ganz in den Vordergrund trete.

3. Als wesentliches Ergebnis ist festzuhalten: In einer bedeutsamen Rechtsfrage der jüngsten Zeit wurde von einem gewichtigen Teil der Rechtsprechung und des Schrifttums die Hypothek gegenüber der persönlichen Forderung als führendes Recht anerkannt. Die Vorstellung einer einseitigen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung wurde bei der Frage der Ruinenhypotheken von den Anhängern dieser Meinung aufgegeben und umgekehrt bei allen Hypotheken, die für den Gläubiger eine langfristige Kapitalanlage darstellen, bei Veränderungen des belasteten Grundstücks auch eine Rückwirkung - wenigstens auf dem Wege über § 242 BGB - von der dinglichen Seite, von der Hypothek auf die Forderung, angenommen.

II. Vertragshilferecht

1. Das Gesetz über die richterliche Vertragshilfe vom 26.3.1952 (BGBl I 198) enthält in § 3 eine Sonderregelung für die Herabsetzung der Zinsen von grundpfandrechtlich gesicherten Verbindlichkeiten. Während nach der allgemeinen Vorschrift des § 1 VHG bei der Herabsetzung einer Verbindlichkeit die Interessen und die Vermögens- und Erwerbslage beider Vertragspartner verglichen und gegeneinander abgewogen werden sollen, bestimmt § 3 VHG, dass grundsätzlich für die Herabsetzung von Zinsen aus Verbindlichkeiten, die durch eine Hypothek oder Grundschuld gesichert sind, ausschliesslich die Verhältnisse des belasteten Grundstücks entscheidend sind. § 3 VHG bezweckt eine Angleichung des Hypothekenzinses an den Grundstücksertrag. Unter der Voraussetzung, dass der Grundstücksertrag durch Kriegs- oder Kriegsfolgeschäden um mehr als 25% gemindert ist (§ 3 Abs. 1), wird für die Herabsetzung der Zinsen ein klarer und insoweit die Entscheidungsfreiheit des Richters einschränkender Maßstab angegeben: die Zinsen sind insoweit herabzusetzen, als sie den Ertrag des Grundstücks übersteigen (§ 3 Abs.2). Das führt dann auch dazu, dass bei völlig ertraglosen Ruinengrundstücken die Zinsforderungen völlig zu streichen

sind.[7]

2. Diese besondere Regelung für Zinsen aus Grundpfandrechten war für den Gesetzgeber aus verschiedenen Gründen angezeigt. Einmal war man mit der bisherigen Vertragshilfepraxis auf Grund des § 21 UmstG nicht zufrieden. Die Vertragshilferichter hatten von der Möglichkeit der Herabsetzung der Zinsen in diesen Fällen verhältnismässig selten Gebrauch gemacht und begnügten sich meist damit, die Zinsen nur zu stunden.[8] Demgegenüber wurde nun durch § 3 VHG klargestellt, dass die Zerstörung des belasteten Grundstücks nach Auffassung des Gesetzgebers eine weit stärkere Rückwirkung auch auf die persönliche Haftung des Schuldners rechtfertige, die grundsätzlich nur in einer Herabsetzung der Zinsforderungen bestehen könne. Zum andern ging man von der allgemeinen Vorstellung aus, dass regelmässig die Zinsen aus Grundpfandrechten aus den Erträgen des Grundstücks selbst beglichen werden und es lag daher nahe, als Massstab für die Zinsherabsetzung die jeweilige Ertragsminderung des Grundstücks anzunehmen.[9] Ausserdem waren auch rein praktische Erwägungen mitbestimmend: eine schematische Zinsherabsetzung schien schon deshalb angebracht, weil es sich bei den Zinsen aus Grundpfandrechten um Massenfälle handelt und deshalb das ausschliessliche Abstellen auf den Grundstücksertrag eine Vereinfachung des einzelnen Vertragshilfeverfahrens bedeuten und die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung besser gewährleisten musste. Man hoffte auch, dass diese Regelung Schuldner und Gläubiger weitgehend veranlassen würde, sich aussergerichtlich ohne Inanspruchnahme der richterlichen Vertragshilfe zu einigen, da die Verhältnisse des belasteten Grundstücks viel leichter zu beurteilen seien als

---

7) Vgl. Saage, Vertragshilfegesetz, a.a.O., § 3 Anm.I, II 2 b; Duden-Rowedder, a.a.O., § 3 Anm. 3.
8) Vgl. Saage, Vertragshilfegesetz, a.a.O., § 3 Anm. I.
9) Vgl. Korn, MDR 1953,206 ff.; Saage, Vertragshilfegesetz, a.a.O., § 3 Anm. I.

die gesamten Vermögens- und Erwerbsverhältnisse von Schuldnern und Gläubigern.[10]

3. Obwohl der Bestimmung des § 3 VHG eindeutig und unbestritten der Grundsatz zugrunde liegt, dass es für die Zinsherabsetzung bei Grundpfandrechten, von Ausnahmefällen abgesehen, nur auf die Verhältnisse des Trümmergrundstücks, nämlich auf dessen Ertragsminderung, ankommt und nicht auf die sonstigen Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Schuldners, wurde dieses Prinzip durch die Rechtsprechung des BGH in bedenklicher Weise verwässert.[11] Der BGH[12] stützt sich hierbei auf die Härteklausel des § 3 Abs. 3 VHG. Er hält es in allen Fällen der Zinsherabsetzung nach § 3 VHG für richtig, von vornherein zu prüfen, ob der Schuldner zur Zahlung imstande ist. Hat der Schuldner neben dem Trümmergrundstück Vermögen und Einkommen in einem solchen Umfang, dass "demgegenüber die Ertragsminderung des Grundstücks nicht ins Gewicht fällt",[13] so sieht der BGH darin einen besonderen Grund, der eine Zinsherabsetzung auch für einen Gläubiger mit guter Vermögens- und Einkommenslage zu einer unzumutbaren Härte machen würde; folglich nimmt der BGH in diesen Fällen auf Grund des § 3 Abs. 3 VHG eine uneingeschränkte Zahlungspflicht des Schuldners an. Trotz dieser unangemessen weiten Auslegung und Anwendung der Ausnahmevorschrift des § 3 Abs. 3 VHG[14] anerkennt auch der BGH aus-

---

10) Vgl. Saage, Vertragshilfegesetz, a.a.O., § 3 Anm. I.
11) Vgl. insbesondere die Kritik von Schätzler, NJW 1956, 489 ff. und Merkel, NJW 1956, 104 f.
12) Vgl. BGHZ 16,105; 16,378; 17,242; BGH LM Nr. 6 zu § 3 VHG; BGH LM Nr. 7 zu § 3 VHG.
13) BGHZ 16,108.
14) Schätzler, a.a.O., weist nach, dass die Rechtsprechung des BGH zu § 3 Abs. 3 VHG nicht der ratio legis entspricht. Bei dem Begriff der "unzumutbaren Härte" in § 3 Abs. 3 handle es sich nicht um den allgemeinen Begriff der Zumutbarkeit, dessen Ausfüllung dem Richter überlassen bleibe. Auch gehe es nicht um eine rechtlich unzumutbare Härte. Denn in § 3 Abs. 1 und 2 sei zwingend vorgeschrieben, was Hypothekengläubiger und Hypothekenschuldner bei Kriegs- oder Kriegsfolgeschäden rechtlich zumutbar sei. § 3 Abs. 3 VHG greife nur ein, wenn die Herabsetzung der Zinsen für den Gläubiger w i r t s c h a f t l i c h nicht zumutbar sei,

drücklich,[15] dass der Gesetzgeber mit der Sonderbestimmung des § 3 Abs. 1 und 2 VHG die Zinsherabsetzung bei grundpfandrechtlich gesicherten Verbindlichkeiten grundsätzlich nur an die Minderung des Grundstücksertrags binden und die Berücksichtigung anderer Umstände ausschliessen wollte.

4. Es ergibt sich allerdings die Frage, ob § 3 VHG nur Zinsforderungen aus Immobiliarkrediten im engeren Sinn erfasst oder ob auch alle sonstigen grundpfandrechtlich gesicherten Kredite geregelt werden. Nach dem Wortlaut der Vorschrift, der schlechthin von "Verbindlichkeiten, die durch eine Hypothek oder Grundschuld gesichert sind",spricht, fallen darunter sämtliche Kredite, die eine grundpfandrechtliche Sicherung aufweisen. Dennoch wird im Schrifttum mit überzeugenden Gründen aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der Bestimmung für eine restriktive Auslegung des § 3 VHG eingetreten,[16] die dazu führt, dass auf grundpfandrechtlich gesicherte Kredite, bei denen eine langfristige Bodenbeleihung von vornherein nicht beabsichtigt war, § 3 VHG nicht angewendet wird.[17] Gegen diese Auffas-

---

z.B. weil er die Zinsen für den Lebensunterhalt brauche. Dagegen halte der BGH hier den Begriff der "unzumutbaren Härte" für psychischer Natur. Danach mache die gute Vermögenslage des Schuldners die Herabsetzung der Zinsen für den Gläubiger zu einer unzumutbaren Härte. Das sei nur so zu verstehen, wenn ein vermögender Schuldner nicht bezahle, denn komme das Rechtsempfinden, das Rechtsgefühl des Gläubigers ins Spiel. Wenn man aber dieser Auslegung des BGH folge, so mache man auf diese Weise den Gläubiger zum Schiedsrichter über den Gerechtigkeitswert der positiven Norm in § 3 Abs. 2. Die Rechtsauffassung des Gesetzgebers werde dann von Fall zu Fall durch die des Individuums verdrängt.

15) Vgl. BGHZ 16, 106; 17, 248.

16) Vgl. insbesondere Werhahn, NJW 1956,331 f; Schätzler, a.a.O., S. 492.

17) Duden-Rowedder, a.a.O., § 3 Anm. 5 f. sehen in diesen Fällen § 3 VHG grundsätzlich für anwendbar an. Da aber der persönlichen Haftung bei diesen Krediten besondere Bedeutung zukomme, liege hier regelmässig ein "besonderer Grund" im Sinne von § 3 Abs. 3 VHG vor, der eine Kürzung der Zinsforderung auch bei Zerstörung des belasteten Grundstücks verbiete.

sung hat sich bisher kein Widerspruch erhoben. Allerdings hat die höchstrichterliche Rechtsprechung bis heute zu diesem Problem unmittelbar noch nicht Stellung genommen.

Für eine solche einschränkende Auslegung des § 3 VHG wird folgendes vorgebracht:[18]

a) Nach den Vorläufern des Vertragshilfegesetzes von 1952 hätten sich die Bestimmungen über Zinsherabsetzungen bei grundpfandrechtlich gesicherten Verbindlichkeiten immer nur auf die sogenannten "Anlagebelastungen", nicht dagegen auf die sogenannten "Sicherungsbelastungen" bezogen.[19] Die vorgesehenen Zinsherabsetzungen sollten danach ausgeschlossen sein bei "Forderungen, die im Rahmen eines bankmässigen Personalkreditgeschäfts entstanden sind" oder - nach neuerer Formulierung - bei "Forderungen, die auf einem Rechtsgeschäft beruhen, bei dem eine langfristige Bodenbeleihung nicht beabsichtigt war". Letztere Ausnahmeklausel finde sich insbesondere auch in dem unmittelbaren Vorläufer des Vertragshilfegesetzes von 1952, nämlich in § 7 Abs. 2 der Verordnung über die Vertragshilfe des Richters aus Anlass des Krieges vom 30.11.1939 (RGBl I 2329). Danach sei also eine Zinsherabsetzung bei grundpfandrechtlich gesicherten Verbindlichkeiten nur in Frage gekommen bei Immobiliarkrediten im engeren Sinne, nicht aber bei dinglich gesicherten bankmässigen Krediten (insbesondere Kontokorrent- und Wechseldiskontkrediten), Gefälligkeitsdarlehen, Warenkrediten und

---

18) Vgl. Werhahn, a.a.O.

19) Vgl. Art. 8 der 1. DVO über die Zinssenkung auf dem Kapitalmarkt vom 23.12.1931 (RGBl I 793) in Verbindung mit der 4.VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zum Schutze des inneren Friedens vom 8.12.1931 (RGBl I 699); § 14 der VO über die Fälligkeit von Hypotheken und Grundschulden vom 11.11.1932 (RGBl I 525); § 3 Abs. 1 des Gesetzes über Hypothekenzinsen vom 2.7.1936 (RGBl I 533); § 2 der VO zur Regelung der Fälligkeit alter Hypotheken vom 22. 12. 1938 (RGBl I 1905); § 7 Abs. 2 der VO über die Vertragshilfe des Richters aus Anlass des Krieges (Vertragshilfeverordnung-VHVO) vom 30.11.1939 (RGBl I 2329).

Zwischenkrediten.[20]

§ 3 Abs. 1 und 2 VHG lehne sich nun an den Wortlaut der entsprechenden Vorschrift des § 7 Abs. 2 WVO 1939 an, ohne allerdings die genannte Ausnahmeklausel zu übernehmen. Auf eine Absicht des Gesetzgebers könne daraus aber nicht geschlossen werden. Dem stehe entgegen, dass diese Frage nach den Materialien bei den Gesetzesberatungen überhaupt nicht erörtert worden sei. Hätte der Gesetzgeber aber wirklich beabsichtigt, im Gegensatz zu den bisherigen Regelungen durch § 3 VHG die Gläubigerhaftung auch auf Rechtsgeschäfte auszudehnen, bei denen die Grundpfandrechte blossen Sicherungszwecken dienten und eine langfristige Bodenbeleihung nicht beabsichtigt war, so wäre eine solch wichtige Frage zweifellos gründlich diskutiert worden und die Aenderung hätte wohl auch ausdrücklich im Gesetz erwähnt werden müssen.

b) § 3 VHG setze ausserdem einen engen inneren Zusammenhang zwischen gesicherter Schuld und Pfandgrundstück voraus und gehe dabei von der gesetzlichen Vermutung aus, dass die Zinsen für diese Schuld aus dem Ertrag des Grundstücks gezahlt werden. Diese Vorstellung passe aber nur für diejenigen Kreditgeschäfte, bei denen eine langfristige Kapitalanlage und mit der Grundpfandrechtsbestellung der "Kauf einer Sicherheit" bezweckt werde (Anlagebelastungen). In diesen Fällen, in denen der Gläubiger - wirtschaftlich betrachtet - eine Beteiligung am Grundstück erstrebe und in denen die Eigenschaften des persönlichen Schuldners und sein sonstiges Vermögen in ihrer Bedeutung ganz zurückträten gegenüber dem Wert des Grund und Bodens, sei die Regelung des § 3 VHG, die der Zerstörung des Grundstücks auch eine Rückwirkung auf die persönliche Zinsforderung beilege, angemessen und innerlich berechtigt. Dagegen stehe bei den dinglich gesicherten bankmässigen Krediten (z.B. bei einem grundpfandrechtlich gesicherten Kontokorrentkredit) die Person des Darlehensnehmers im Vordergrund, während die Wertverhältnisse der bean-

---

20) Vgl. Vogels, a.a.O., § 7 Anm. 18.

spruchten Sicherheit für die Kreditgewährung zwar mitbestimmend, aber im ganzen für den Kredit doch zweitrangig seien (Sicherungsbelastungen). Hier bilde die persönliche Forderung den Schwerpunkt; die Zerstörung des Pfandobjekts könne deshalb hier nur die Sicherheit berühren, nicht aber den rechtlichen Bestand der Forderung. § 3 VHG wolle diese Fälle offensichtlich nicht erfassen, denn bei seiner Anwendung ergebe sich sonst das widersinnige Ergebnis, dass die Zinsforderung des dinglich gesicherten Gläubigers von der schematischen Zinsherabsetzung betroffen würde, während der Gläubiger seine Zinsforderung in voller Höhe geltend machen könnte, wenn er andere oder gar keine Sicherheiten entgegengenommen hätte.

5. Zusammenfassend ist festzustellen: Die Regelung des § 3 VHG zeigt, dass der Gesetzgeber der Gegenwart nicht mehr von der Vorstellung einer einseitigen Akzessorietät der Hypothek gegenüber der persönlichen Forderung ausgeht. Das mit der Hypothek belastete Grundstück wird nicht mehr nur als Objekt eines reinen Pfandrechts und die Hypothek nicht als blosse unterstützende, zusätzliche Sicherung einer persönlichen Forderung angesehen. Mit der Bindung der persönlichen Zinsforderung an den Grundstücksertrag durch § 3 VHG relativiert der Gesetzgeber im Gegenteil die persönliche Haftung des Hypothekenschuldners, sie wird hier völlig abhängig gemacht von den Veränderungen im Bereich der dinglichen Haftung. Die Verhältnisse des Grundstücks werden nun von entscheidender Bedeutung auch für den Bestand der persönlichen Forderung, d.h. das Verhältnis von Hypothekengläubiger und Hypothekenschuldner wird zu einem wesentlichen Teil vom Objekt, vom belasteten Grundstück her, bestimmt.[21] Damit verliert die Hypothek hier auch ihren subsidiären Charakter, sie ist nicht mehr einseitig abhängig von der persönlichen Forderung, sondern es wird umgekehrt bei Veränderungen beim belasteten Grundstück eine Rückwir-

---

21) Vgl. Merkel a.a.O.

kung von der dinglichen Seite, also von der Hypothek auf die Forderung, angeordnet. Einschränkend muss aber gesagt werden, dass eine derartige Rückwirkung vom Gesetzgeber wohl nur für die Fälle der Immobiliarkredite i.e.S., bei denen eine langfristige Bodenbeleihung von vornherein beabsichtigt ist, für angemessen erachtet wird.

III. Hypothekengewinnabgabe

1. Die Ausgleichsabgaben, die das Gesetz über den Lastenausgleich vom 14.8.1952 (BGBl I 446) vorsieht, stellen teils eine unmittelbare Belastung des über die Kriegs- und Nachkriegszeit erhalten gebliebenen Vermögens dar, teils eine Heranziehung der Gewinne, die im Zusammenhang mit der Währungsreform gemacht wurden. Das Vermögen wird durch die auf den Währungsstichtag (20.6.1948) bezogene Vermögensabgabe unmittelbar erfasst, während die Währungsgewinne im Bereich der gewerblichen Wirtschaft durch die Kreditgewinnabgabe, im Bereich des Grundvermögens durch die Hypothekengewinnabgabe für Zwecke des Lastenausgleichs abgeschöpft werden.

Bei der Kreditgewinnabgabe werden die Schuldnergewinne, die durch die Umstellung von RM-Verbindlichkeiten entstanden sind,[22] nur dann für den Lastenausgleich herangezogen, wenn und soweit sie die Gläubigerverluste übersteigen. Dieser Gewinnsaldo, der als Bemessungsgrundlage für die Abgabe festgelegt ist, ist im gewerblichen Bereich durch Bilanzen verhältnismässig leicht festzustellen.

Im nichtgewerblichen Bereich, bei der Hypothekengewinnabgabe, hat dagegen der Gesetzgeber auf eine Saldierung der Schuldnergewinne mit den Gläubigerverlusten verzichtet. Das ist darauf zurückzuführen, dass hier, im Gegensatz zur

---

22) Hierbei wird nicht zwischen gesicherten und ungesicherten Verbindlichkeiten unterschieden. Auch die durch Grundpfandrechte gesicherten Verbindlichkeiten eines gewerblichen Betriebs unterliegen der Kreditgewinnabgabe, nicht der Hypothekengewinnabgabe (§ 97 Abs.1 2.1 LAG).

buchführenden gewerblichen Wirtschaft, Schuldnergewinne und Gläubigerverluste nur dann zuverlässig festgestellt werden können, wenn sich die Umstellung auf grundpfandrechtlich gesicherte Verbindlichkeiten bezogen hat. Es wäre aber völlig willkürlich, wenn die Schuldnergewinne mit den Gläubigerverlusten nur saldiert würden, soweit die Verbindlichkeiten und die Forderungen grundpfandrechtlich gesichert sind.[23] Daher wird für die Hypothekengewinnabgabe nur auf den durch die Umstellung entstandenen Schuldnergewinn abgestellt, während Währungsverluste, die der Schuldner gleichzeitig erlitten hat, ausser Betracht bleiben.

Nach § 91 Abs. 1 LAG wird die Hypothekengewinnabgabe erhoben auf Schuldnergewinne

1) aus der Umstellung von RM-Verbindlichkeiten, die am 20.6.1948 durch Grundpfandrechte an einem im Bundesgebiet oder in West-Berlin belegenen Grundstück des Schuldners gesichert waren,

2) aus der Umstellung von Grundpfandrechten an einem im Bundesgebiet oder in West-Berlin belegenen Grundstück, die am 20.6.1948 nicht der Sicherung einer persönlichen Verbindlichkeit dienten,

soweit bei Nr. 1 die Verbindlichkeit und bei Nr. 2 das Grundpfandrecht selbst nach den im Bundesgebiet und in West-Berlin geltenden Umstellungsvorschriften im Verhältnis 10 : 1 umgestellt worden ist.

Der Schuldnergewinn und damit grundsätzlich die Abgabeschuld entspricht dem Betrag, um den der Nennbetrag der Verbindlichkeit (Z.1) oder der Nennbetrag des Grundpfandrechts (Z.2) in RM den Umstellungsbetrag in DM übersteigt (vgl. § 99 Abs. 1 LAG).

2. Ob die Erhebung einer besonderen Hypothekengewinnabgabe mit innerer Berechtigung erfolgt, ist umstritten. Zu ihrer Rechtfertigung wird angeführt:[24] Durch die Währungsreform

---

23) Vgl. G. und D.Reinicke, NJW 1953,44.
24) Vgl. Georgi in Schulze-Brachmann-Meilicke-Georgi,a.a.O., § 91 Anm. 15; Staudinger-Riedel, Einleitung zu §§ 1113ff. Anm.345; Harmening II und Harmening-Weber,a.a.O.,Vorbem. vor § 91, letztere allerdings mit kritischer Anmerkung.- Vgl. bzgl.der Verfassungsmässigkeit BVerfG NJW 1953,1017ff.

seien allein die Besitzer von Geldvermögen betroffen worden, nicht dagegen die Sachwertbesitzer. Der Schuldner der durch ein Grundpfandrecht gesicherten Verbindlichkeit habe den Sachwert eines bestimmten Vermögensgegenstandes, nämlich des belasteten Grundstücks, über die Währungsreform hinaus erhalten, deshalb solle ihm nicht noch zusätzlich der Schuldnergewinn belassen werden, der aus der Umstellung der an dem Grundstück dinglich gesicherten Verbindlichkeit entstanden sei.

Diese Begründung wird mit Recht angegriffen.[25] Denn aus der Tatsache von Schuldnergewinnen durch Umstellung von Verbindlichkeiten im Verhältnis 10 : 1 wird im nichtgewerblichen Bereich grundsätzlich keine Abgabepflicht hergeleitet, auch wenn der Schuldner bestimmte Sachwerte über die Währungsreform hinaus erhalten hat. Selbst wenn man, auch im nichtgewerblichen Bereich, schlechthin alle Währungsgewinne erfassen wollte (wie oben ausgeführt wurde, scheitert das praktisch daran, dass Schuldnergewinne und Gläubigerverluste im nichtgewerblichen Bereich nur bei grundpfandrechtlich gesicherten Verbindlichkeiten zuverlässig festgestellt werden können), müssten die Schuldnergewinne in Beziehung gesetzt werden zu den Gläubigerverlusten, nicht sinnvoll wäre dagegen auch dann ein Vergleich der Schuldnergewinne mit den erhalten gebliebenen Vermögensgegenständen, denn diese werden schon durch die Vermögensabgabe erfasst. Es kann daher auch bei grundpfandrechtlich gesicherten Verbindlichkeiten die Erfassung der durch die Umstellung entstandenen Schuldnergewinne nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass dem Schuldner der Wert des belasteten Grundstücks über die Währungsreform hinaus erhalten blieb, denn insoweit wird er schon mit der Vermögens-

---

25) Vgl. G. und D. Reinicke a.a.O.; Buchholz, NJW 1954, 217/19; Harmening II und Harmening-Weber, a.a.O., Vorbem. vor § 91. Vgl. auch Baur, NJW 1950,49, der schon hinsichtlich der ähnlichen Regelung im Hypothekensicherungsgesetz vom 2.9.1948 (WiGBl 1948,82) feststellt, dass diese Gesetzgebung in ihrem Motiv verfehlt sei; es sei nämlich nicht einzusehen, warum die offensichtlich allgemein nicht durchführbare Abschöpfung der Schuldnergewinne gerade bei den Grundpfandrechten vorgenommen werden solle.

abgabe belegt.[26] Zudem wäre es äusserst unbillig, wenn nur derjenige Schuldner zu einer zusätzlichen Abgabe herangezogen würde, der seine Verbindlichkeit durch ein Grundstück gesichert hat, während ein anderer, der zur Sicherung andere Gegenstände (z.B. bewegliche Sachen, Wertpapiere) verpfändet hat, trotz Schuldnergewinn und obwohl er die verpfändete Sache auch über die Währungsreform hinaus erhalten hat, von einer besonderen Abgabe verschont bleibt.[27] Der Gedanke der Werterhaltung der für eine Verbindlichkeit verpfändeten Sache kann also die Erfassung des Schuldnergewinns aus der gesicherten Verbindlichkeit nicht rechtfertigen.[28]

---

26) Vgl. G. und D. Reinicke a.a.O. Es kann auch nicht eingewendet werden, dass bei der Ermittlung des der Vermögensabgabe unterliegenden Vermögens die Hypothekengewinnabgabe abgezogen werde (vgl. LAG § 210 Nr. 2), denn der Abgabesatz bei der Vermögensabgabe beträgt nur 50%, bei der Hypothekengewinnabgabe aber 100%.

27) Vgl. Harmening II und Harmening-Weber, a.a.O., Vorbem. vor § 91.

28) Riedel in Staudinger, Einleitung zu §§ 1113 ff. Anm. 346, will die Erhebung einer besonderen Hypothekengewinnabgabe damit rechtfertigen, dass hier, im Unterschied zu den Schuldnergewinnen aus rein persönlichen Schulden, bei denen eine Abgabe nicht erhoben wird, der Eigentümer durch die Umstellung die Chance erhalten habe, einen konkreten Sachwert (das Grundstück) neu zu belasten. Diese blosse Möglichkeit für den Schuldner-Eigentümer ist aber wohl kaum eine hinreichende Begründung für die Differenzierung in der Behandlung von Grundpfandschuldnern und anderen Schuldnern. Es wird hierbei auch übersehen, dass auch für denjenigen Schuldner, der einen anderen Gegenstand als ein Grundstück verpfändet hat, durch die Abwertung der gesicherten Schuld die Möglichkeit zu Neubelastungen entsteht, dass also auch in diesem Fall durch die Umstellung ein konkretes Pfandobjekt für Neubelastungen geeigneter wurde. Dieser gekünstelte Erklärungsversuch Riedels zeigt eben gerade, dass man mit der Vorstellung der Hypothek als eines reinen Pfandrechts hier zu keiner klaren Lösung kommen kann.

3. Dennoch ist die Hypothekengewinnabgabe aus anderen, bisher in der Literatur nicht erörterten Gründen berechtigt und angemessen. Wer allerdings von der herkömmlichen Vorstellung einer einseitig akzessorischen Hypothek ausgeht, die lediglich eine unterstützende, subsidiäre Sicherung für den Fall der Nichterfüllung der persönlichen Schuld darstellt, dem bleibt nur die erwähnte, abwegige Begründung übrig, die auf die Werterhaltung des Pfandobjekts abstellt. Sieht man dagegen in den Hypotheken[29] im Normalfall nicht reine Pfandrechte, sondern in wirtschaftlicher Betrachtung eine Kapitalanlage des Gläubigers, eine Beteiligung am Grundstück (wobei die persönliche Forderung als "Anhängsel" des dinglichen Rechts ganz zurücktritt), dann erhält die Hypothekengewinnabgabe neue Aspekte. In dieser Sicht war dann das Grundstück vor der Umstellung je nach der Höhe der hypothekarischen Belastung in einen Gläubiger- und einen Eigentümeranteil aufgeteilt, der Grundstückseigentümer war - wirtschaftlich gesehen - nur "Teil"eigentümer. Durch die Umstellung der Hypotheken im Verhältnis 10 : 1 erwarb nun der Grundeigentümer infolge der Reduzierung des Gläubigeranteils auf 1/10 fast das "Voll"eigentum. Dieser ungerechtfertigte Vermögenszuwachs wird also durch die Hypothekengewinnabgabe für Zwecke des Lastenausgleichs abgeschöpft. Die Hypothekengewinnabgabe wird also nicht durch den "Gedanken der Sachwerterhaltung" gerechtfertigt, d.h. dadurch, dass bei der gesicherten Verbindlichkeit ein Schuldnergewinn entstanden ist, während gleichzeitig die Sicherheit ihrem Werte nach erhalten blieb, sondern die Rechtfertigung einer besonderen Abgabe liegt darin, dass der Wertanteil des Grundeigentümers durch die Umstellung vergrössert wurde, dass dieser vom "Teil"eigentümer fast (da nur noch ein Gläubigeranteil von 1/10 besteht) zum "Voll"eigentümer wurde.

Diese Betrachtungsweise der Hypothek und der Stellung des Hypothekengläubigers und Hypothekenschuldners hat sich einst

---

29) Die folgenden Ausführungen bezüglich der Hypothek gelten sinngemäss auch für die anderen Grundpfandrechte.

schon in der Aufwertungsrechtsprechung hinsichtlich der Restkaufgeldhypotheken durchgesetzt.[30)31)] Auch hier ging man davon aus, dass - wirtschaftlich gesehen - die Hypothek, soweit sie zu Anlagezwecken erworben war, einen Wertanteil am Grundeigentum verkörpere. Man sah den ursprünglichen Wert des Grundstücks je nach der Höhe der hypothekarischen Belastung aufgeteilt in einen Eigentümer- und einen Gläubigeranteil. Um nun zu vermeiden, dass allein infolge der Zerrüttung der Währungsverhältnisse der Grundeigentümer vom "Teil"- zum "Voll"eigentümer wurde, stellte man dann im Wege der Aufwertung der Hypotheken die ursprünglichen Anteilsverhältnisse von Eigentümer und Hypothekar bezüglich des neuen Werts des Grundstücks wieder her. Die persönliche Forderung wurde bei dieser Betrachtung ganz vernachlässigt, sie galt nur als nebensächliches "Anhängsel" der Hypothek. Der Unterschied zur Hypothekengewinnabgabe liegt insoweit nur darin, dass der ungerechtfertigte Vermögenszuwachs des Eigentümers hier wieder dem Gläubiger zugeteilt wird, während dieser Zuwachs bei der Hypothekengewinnabgabe für Zwecke des Lastenausgleichs abgeschöpft wird.

Nur bei einer solchen Charakterisierung der Hypothek wird die Hypothekengewinnabgabe im nichtgewerblichen Bereich neben der Vermögensabgabe sinnvoll und tragbar. Nur so wird es auch verständlich und unterliegt es keinen Bedenken, wenn ein Schuldner, der seine Verbindlichkeit anders als grundpfandrechtlich gesichert hat, keiner besonderen Abgabe unterliegt. Hat z.B. ein Schuldner zur Sicherung seiner Verbindlichkeit ein Fahrnispfandrecht bestellt, hat er zwar auch durch die Umstellung einen Schuldnergewinn gemacht, während ihm gleichzeitig der Wert des Pfandobjekts erhalten blieb. Jedoch handelt es sich hier um ein reines Pfandrecht. Auch in wirtschaftlicher Betrachtung dient es nur subsidiär der persönlichen Forderung und das Pfandobjekt kann hier - im Gegensatz zur Hypothek - nicht als ein zwischen Gläubiger und Schuldner

---

30) Vgl. zum folgenden die Darstellung der Aufwertungsrechtsprechung bei Bruns, MDR 1947, 256 f. und Merkel, NJW 1956,104 f.

31) Vgl. bezüglich der Situation bei der Währungsumstellung 1948 unten S. 74, Anm. 133.

aufgeteilter Wert angesehen werden, der Gläubiger ist nicht am Pfandobjekt "beteiligt", der Eigentümer ist und bleibt immer "Voll"eigentümer.

4. Zusammenfassend ergibt sich für unser Thema folgendes: Die Einführung einer besonderen Hypothekengewinnabgabe ist nur zu erklären aus einer bestimmten Vorstellung vom Wesen der Hypothek. Der moderne Gesetzgeber sieht hierbei die Hypothek im Normalfall nicht mehr als reines Pfandrecht, als blosse Hilfshaftung an, sondern sieht - in wirtschaftlicher Betrachtung - in ihrer Bestellung für den Gläubiger den Erwerb eines Wertanteils am Grundeigentum. Das Grundstück und damit die Hypothek erhält eine dominierende Stellung im gesamten Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, während die persönliche Forderung in ihrer Bedeutung ganz zurücktritt. Das Grundstück ist nicht mehr nur Pfandobjekt, sondern mit der Bestellung der Hypothek entsteht an ihm - ganz im Gegensatz etwa zum Fahrnispfandrecht - eine Art von Wertgemeinschaft von Hypothekar und Grundstückseigentümer, der Gläubiger gilt als am Grundstück "beteiligt".

IV. Vertriebenenrecht

1. Das Bundesvertriebenengesetz vom 19.5.1953 (BGBl I 201) enthält in den §§ 82 ff. eine besondere Schuldenregelung für Vertriebene und Sowjetzonenflüchtlinge.[32] Dabei geht es von dem Grundsatz aus, dass Vertriebene[33] wegen der Verbindlichkeiten, die vor der Vertreibung begründet worden sind (Altschulden), nicht in Anspruch genommen werden können (§ 82 BVFG). Das bedeutet allerdings nicht, dass die Forderung gegen den Vertriebenen erlischt, sondern es wird nur die Klageerhebung und die Zwangsvollstreckung versagt, d.h. die Alt-

---

32) Vgl. zu dem Begriff des "Vertriebenen" § 1 und des "Sowjetzonenflüchtlings" § 3 BVFG.
33) Die besondere Regelung für Sowjetzonenflüchtlinge (vgl. § 88 BVFG) wird hier nicht weiter berücksichtigt.

schuld des Vertriebenen wird zu einer unvollkommenen Verbindlichkeit. Es handelt sich hier aber um eine von Amts wegen zu beachtende Einwendung, der Vertriebene muss sich also nicht einredeweise auf § 82 BVFG berufen.[34)]

Bei dieser Bestimmung wird im übrigen nicht darauf abgestellt, ob sich das Vermögen des Vertriebenen im Vertreibungsgebiet oder etwa im Bundesgebiet befunden hat, sondern es kommt allein auf die Tatsache der Vertreibung an. Demnach kommt also diese Regelung grundsätzlich auch Vertriebenen zugute, die den grössten Teil ihres Vermögens im Bundesgebiet erhalten haben.[35)]

2. Eine Ausnahme gilt aber nach § 87 Abs. 1 Z. 1 BVFG, wonach für Verbindlichkeiten, die mit Vermögenswerten des Vertriebenen im Bundesgebiet oder in West-Berlin in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, § 82 BVFG nicht zur Anwendung kommt, der Vertriebene in diesen Fällen also weiterhin voll in Anspruch genommen werden kann. Ein solcher wirtschaftlicher Zusammenhang wird von der Rechtsprechung und in der Literatur insbesondere dann angenommen, wenn die Beziehungen zwischen der Verbindlichkeit des Schuldners und seinen Vermögenswerten im Westen so eng waren, dass der Gläubiger im Falle der Nichtbefriedigung des Anspruchs durch den Schuldner normalerweise in erster Linie auf die Vermögenswerte im Westen zurückgegriffen hätte oder wenn allgemein das Rechtsgeschäft, durch das die Verbindlichkeit begründet wurde, den wirtschaftlichen Zwecken eines Vermögenswerts im Westen dienen sollte.[36)]

---

34) Vgl. Saage, Schuldenregelung, a.a.O., § 82 Anm. II 3a; Ehrenforth, a.a.O., § 82 Anm. 2; Straßmann-Nitsche, a.a.O., § 82 Anm. 4; v. Kopp, a.a.O., § 82 Anm. 2.
35) Vgl. Saage, Schuldenregelung, a.a.O., § 82 Anm. I 2.
36) Vgl. Saage, Schuldenregelung, a.a.O., § 87 Anm. II 1; Straßmann-Nitsche, a.a.O. § 87 Anm. 2; ebenso OLG München NJW 1954, 1249; auch der BGH LM Nr. 2 zu § 87 BVFG, der zwar grundsätzlich davon ausgeht, dass sich eine allgemeine Regel dafür, ob ein wirtschaftlicher Zusammenhang gegeben ist, nicht finden lasse, stellt im Ergebnis doch hauptsächlich darauf ab, ob ein bestimmter Vermögenswert im Westen dem Gläubiger bei Nichtbefriedigung des Anspruchs von vornherein eine sichere Zugriffsmöglichkeit bot.

Als Schulbeispiel für diese Ausnahmebestimmung wird übereinstimmend der Fall genannt,[37] dass der Vertriebene Schuldner einer Verbindlichkeit ist, die durch eine Hypothek an einem ihm gehörigen, in der Bundesrepublik liegenden Grundstück gesichert ist. Auch in den Materialien zum Bundesvertriebenengesetz[38] ist dieser Tatbestand als typisches Beispiel für § 87 Abs. 1 Z.1 allein angeführt.

3. Man kann also feststellen, dass auch hier wieder der Gesetzgeber dem Grundstück und der Hypothek eine entscheidende Bedeutung auch für die Geltendmachung der persönlichen Forderung beilegt. Das Grundstück ist nicht mehr nur subsidiäres, reines Pfandobjekt, sondern es wird als primäres Haftungsobjekt, als Vermögenswert, auf den der Gläubiger bei Nichtbefriedigung in erster Linie zugreift, anerkannt. Darüber hinaus wird hier aber festgelegt, dass der Wegfall des Grundstücks für den Schuldner - ganz entgegen der Vorstellung einer einseitigen Akzessorietät der Hypothek - auch Rückwirkungen auf die gesicherte Schuld auslöst. Je nachdem, ob das Grundstück dem Schuldner erhalten geblieben ist oder nicht, wird das Fortbestehen der persönlichen Haftung als zumutbar oder unzumutbar angesehen. Das belastete Grundstück erhält hier eine zentrale Stellung für das gesamte hypothekarische Rechtsverhältnis: sein Verlust, der Wegfall der dinglichen Haftung, befreit den Schuldner auch von der persönlichen Haftung, d.h. umgekehrt seine Erhaltung, das Verbleiben im Vermögen des Schuldners, wird zur Voraussetzung der Geltendmachung der persönlichen Forderung.

---

37) Vgl. Ehrenforth, a.a.O., § 87 Anm. 2; Saage, Schuldenregelung, a.a.O., § 87 Anm. II 1; Straßmann-Nitsche, a.a.O., § 87 Anm. 2; v. Kopp, a.a.O., § 87 Anm. 1.

38) Vgl. den Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Heimatvertriebene des Deutschen Bundestags vom 11.2.1953 (Bundestagsdrucksache Nr. 4080) zu den §§ 81 - 88 (jetzt §§ 82 - 89) des Entwurfs des Bundesvertriebenengesetzes, und zwar die Ausführungen zu § 86 des Entwurfs (jetzt § 87 BVFG).

V. Interzonales Recht

1. Schon immer war es eine schwierige und nicht einhellig beantwortete Frage des internationalen Privatrechts, in welcher Weise ein hypothekarisches Rechtsverhältnis kollisionsrechtlich zu behandeln sei. Das liegt im wesentlichen darin begründet, dass hier eine rechtlich verhältnismässig komplizierte Kombination eines obligatorischen und eines dinglichen Rechts vorliegt.

a) Als herrschende Meinung war noch bis vor kurzem die Ansicht anzusprechen, dass bei einem hypothekarischen Rechtsverhältnis die persönliche Forderung und die Hypothek verschiedenen Rechtsordnungen folgen könnten und dass grundsätzlich jedes der beiden Rechte sein eigenes Statut habe.[39]

Die Hypothek, das dingliche Recht, untersteht hierbei - was allgemein unbestritten ist - der lex rei sitae, d.h. dem Recht, das für das belastete Grundstück gilt.[40] Die Akzessorietät der Hypothek hat also nicht etwa zur Folge, dass für das dingliche Recht auch das Statut der persönlichen Forderung massgebend ist. Andererseits wird nach dieser Lehre das Statut der persönlichen Schuld ganz unabhängig von dem der Hypothek bestimmt, es ist danach auf die gesicherte Forderung dasselbe Recht anzuwenden, das für sie gelten würde, wenn sie nicht hypothekarisch gesichert wäre. Wird also z.B. eine dem französischen Recht unterworfene Forderung durch eine Hypothek an einem deutschen Grundstück gesichert, so un-

---

39) Diese Ansicht wird insbesondere vertreten von M. Wolff, Internationales Privatrecht, a.a.O., S. 180; Wolff-Raiser, a.a.O., § 158 II 3; Raape, Internationales Privatrecht, a.a.O., S. 589, 638; Staudinger-Scherübl, Einl. zu §§ 1113 ff. Anm. 232; Soergel-Kegel Vorbem. VI 1 e) cc) vor Art. 7 EGBGB; Beitzke, JZ 1951, 368 und JR 1952,420; Ficker, a.a.O., S. 115; Fuchs, a.a.O., S. 122; Strich, a.a.O., S. 84,156; - ebenso BGH NJW 1952, 420.

40) Vgl. statt vieler Wolff-Raiser, a.a.O., § 158 II 1.

tersteht grundsätzlich die Forderung weiterhin dem französischen Recht.[41)]

Allerdings wird von den Anhängern dieser Auffassung nicht bestritten,[42)] dass im Einzelfall - sei es auf Grund ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteiwillens oder sei es auf Grund des sogenannten hypothetischen Parteiwillens - auch für die Forderung das Recht der belegenen Sache massgebend sein kann.

b) Demgegenüber wurde auch schon früher von einigen wenigen Autoren vertreten,[43)] dass für Forderung und Hypothek ein gemeinsames Statut zu bestimmen sei und zwar gelte grundsätzlich für die gesicherte Forderung dasjenige Recht, das auf die Hypothek anzuwenden sei; das Recht der persönlichen Forderung folge also grundsätzlich dem Recht der Hypothek. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass nach dem Hypothekenrecht des BGB das persönliche und das dingliche Recht in einem engen Zusammenhang stünden, wobei wirtschaftlich das Schwergewicht bei der Hypothek liege.

2. In neuerer Zeit ist nun festzustellen, dass die Auffassung, das Statut der gesicherten Forderung sei das gleiche wie das der Hypothek, nämlich das am Ort des belasteten Grundstücks geltende Recht, in Literatur und Rechtsprechung stark im Vordringen ist, ja heute sogar wohl schon als herrschend bezeichnet werden muss. Diese neuen Tendenzen kommen besonders deutlich im interzonalen Recht Deutschlands zum Ausdruck und sollen insoweit hier näher untersucht werden.[44)] Es ist

---

41) Vgl. M. Wolff, Int.Privatrecht, a.a.O., S. 180 und die in Anm. 39 genannten Autoren.
42) Vgl. statt vieler Beitzke, JZ 1955, 585.
43) Vgl. Nussbaum, Internationales Privatrecht, a.a.O., S. 249, 303 und ders., Geld in Theorie und Praxis, a.a.O., S. 162, 233; Rheinstein, ZAIP 8, 309.
44) Im folgenden wird allerdings nur die westdeutsche Literatur und Rechtsprechung zum interzonalen Recht dargestellt.
Ganz deutlich lässt sich aber auch der Auffassungswandel in der Ostzone feststellen. Nach den älteren, landesrechtlichen Enteignungsgesetzen der Sowjetzone (1945-1949) wurden hypothekarisch gesicherte Forderungen sowohl am

aber zu beachten, dass dieser Auffassungswandel keineswegs etwa auf das interzonale Recht beschränkt ist, sondern in gleicher Weise im internationalen Privatrecht und im internationalen Verwaltungsrecht in Erscheinung tritt.[45]

Vorab ist allerdings kritisch zu bemerken, dass in bezug auf die Behandlung einer hypothekarisch gesicherten Forderung sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtsprechung nicht scharf genug unterschieden wird zwischen dem zivilrechtlichen Statut (meist wird dafür der missverständliche Begriff "Schuldstatut" gebraucht), dem Währungsstatut und dem Enteignungsstatut der Forderung.[46] Durch die weithin fehlende Differenzierung oder auch durch die Verwechslung hinsichtlich dieser Begriffe sind mannigfache Unklarheiten und unnötige Streitigkeiten auf diesem Gebiet bedingt. Das zivilrechtliche Statut (Schuldstatut) betrifft das allgemeine zivilrechtliche Schicksal der Forderung, während die speziellen Währungsfragen vom Währungsstatut und die speziellen Fragen der Enteignung und sonstiger Zwangsmassnahmen vom Enteignungsstatut erfasst werden.

Wohnsitz des Schuldners als auch am Ort des Grundstücks lokalisiert. Dagegen gehen die neueren, republikrechtlichen Enteignungsvorschriften und die ostzonale Rechtsprechung seit 1949 davon aus, dass hypothekarisch gesicherte Forderungen allein am Ort des haftenden Grundstücks belegen sind. Das führt dazu, dass nach ostzonaler Auffassung zwar Forderungen gegen westdeutsche Schuldner, die hypothekarisch an einem Ostzonengrundstück gesichert sind, der Enteignung unterliegen, nicht mehr aber Forderungen gegen sowjetzonale Schuldner, die an einem Grundstück in der Bundesrepublik hypothekarisch gesichert sind. Vgl. hierzu eingehend Strich, a.a.O., S. 172, 180 und Drobnig, ZAIP 18,664.

45) Vgl. hierzu Schnitzer, Handbuch des Internationalen Privatrechts, a.a.O., S. 611 und Drobnig, ZAIP 18,665 mit weiteren Nachweisen.
Von Drobnig a.a.O. wird insbesondere darauf hingewiesen, dass im internationalen Bereich den Urteilen und der Verwaltungspraxis zahlreicher Länder bei der Liquidation des deutschen Auslandsvermögens die Ansicht zugrunde liegt, dass eine hypothekarisch gesicherte Forderung am Ort des belasteten Grundstücks belegen sei.

46) Vgl. Drobnig, a.a.O., S. 683.

a) In der L i t e r a t u r des interzonalen Rechts, die sich mit der kollisionsrechtlichen Behandlung der Hypothek befasst, stehen im Vordergrund die Fragen des Enteignungsstatuts - veranlasst durch die umfangreichen sowjetzonalen Enteignungen seit 1945 - und des Währungsstatuts - veranlasst durch die Währungsspaltung im Jahre 1948.

Zahlreiche Autoren vertreten hier neuerdings - im Gegensatz zur bisher im internationalen Privat- und Verwaltungsrecht herrschenden Lehre - die Ansicht, dass das jeweilige Statut der hypothekarisch gesicherten Forderung dem Statut der Hypothek folge,[47] d.h. also dass eine hypothekarisch gesicherte Forderung am Ort des belasteten Grundstücks belegen sei (Enteignungsstatut) und dass auch für die währungsmässige Behandlung der persönlichen Forderung das Währungsrecht am Ort des belasteten Grundstücks massgebend sei (Währungsstatut).

Zur Begründung wird angeführt: Bei einem hypothekarischen Rechtsverhältnis bestehe zwischen Forderung und Hypothek ein so enger rechtlicher (vgl. § 1153 BGB) und wirtschaftlicher Zusammenhang, dass eine Behandlung der beiden Rechte nach verschiedenen Statuten eine begriffswidrige Zerschlagung des einheitlichen Rechtsverhältnisses darstellen würde. Es müsse daher ein gemeinsames Statut bestimmt werden. Dabei sei entscheidend, dass der Schwerpunkt des Gesamtrechtsverhältnisses auf dinglichem Gebiet, bei der Sicherheit, liege. Deshalb müsse auch für die gesicherte Forderung das Recht am Ort des belasteten Grundstücks massgebend

---

47) Vgl. Friedrich, SJZ 1948,25; Rabeling, MDR 1951,715; Krech, NJW 1949,297; Veith, MDR 1951,259; Bögelsack, HuW 1949,211; Zellner, HuW 1949,245; Letschert, NJW 1951,218; Beuck, Interzonales Privatrecht, a.a.O., S. 7,71; Schmölder-Geßler-Merkle, a.a.O., § 7 Anm.17; Meilicke, a.a.O., § 7 Anm. 10; Wolf, NJW 1957,506. Diese Ansicht findet sich, wie schon erwähnt, ebenso im internationalen Privatrecht, vgl. schon früher Nußbaum a.a.O. und Rheinstein a.a.O. (oben Anm.43), vgl.heute statt vieler Schnitzler, a.a.O., S. 611.

sein.[48] Es wird ausserdem darauf verwiesen, dass auch der Gesetzgeber in § 7 Z.2 des D- Markbilanzgesetzes vom 21.8.1949 (WiGBl 279) sich diese Auffassung zu eigen gemacht habe.

b) Auch im Bereich der R e c h t s p r e c h u n g hat sich in jüngster Zeit die Lehre, die für die hypothekarisch gesicherte Forderung das Recht, das für die Hypothek gilt, für massgebend erklärt, mehr und mehr durchgesetzt.

aa) Das Reichsgericht ging kollisionsrechtlich grundsätzlich noch von der getrennten Behandlung von Forderung und Hypothek aus; die einschlägigen Entscheidungen beziehen sich überwiegend auf Aufwertungs- und Währungsfragen.[49]

bb) Nach 1945 wandte sich insbesondere das Kammergericht (West) gegen eine solche getrennte Behandlung. In einer Entscheidung vom 29.11.1949[50] vertritt das Kammergericht die Ansicht, dass für das Währungsstatut einer hypothekarisch gesicherten Forderung nicht der Wohnsitz des Schuldners massgebend sei, sondern der Ort, an dem sich das belastete Grundstück befinde. In gleicher Weise wird in einem Urteil vom 15.12.1950[51] bezüglich einer ostzonalen Enteignungsmassnahme festgestellt, dass eine durch eine Hypothek gesicherte Forderung nicht am Wohnsitz des Schuldners, sondern am Ort des belasteten Grundstücks belegen sei. Diese Auffassung findet sich auch in einer Entscheidung des OLG Celle vom 14.1.1949,[52]

---

48) Es muss hier zur Klarstellung noch einmal darauf hingewiesen werden (vgl. oben S.1, Anm. 1), dass in der vorliegenden Arbeit unter "Hypothek" nur die Verkehrshypothek des geltenden Rechts verstanden wird. Ebenso wird die genannte Auffassung nur für die Verkehrshypotheken vertreten, nicht aber für die Sicherungs- und Höchstbetragshypotheken, vgl. insbesondere Krech, NJW 1949,297.

49) Vgl. RGZ 131,250; 132,193; 139,76; 152,52.

50) KG (West) NJW 1950,648.

51) KG (West) JZ 1951,367.

52) OLG Celle NJW 1949,675.

wonach eine hypothekarisch gesicherte Forderung in der Besatzungszone belegen sei, wo sich das belastete Grundstück befinde, d.h. dass also in Ansehung der Belegenheit die Forderung der Hypothek folge und es insoweit auf den Wohnsitz des Schuldners nicht ankomme. In der Begründung dieser Entscheidungen wird jeweils auf die moderne Entwicklung im Wirtschaftsleben hingewiesen, wonach im Verhältnis von Forderung und Hypothek das Schwergewicht deutlich beim dinglichen Recht liege.

cc) Die älteren Entscheidungen des BGH gehen noch von der Auffassung aus, dass eine hypothekarisch gesicherte Forderung kollisionsrechtlich grundsätzlich ebenso zu behandeln sei wie eine ungesicherte Forderung.

So wird im Urteil vom 26.1.1951[53] die persönliche Forderung und die Hypothek kollisionsrechtlich getrennt behandelt; es wird ausgeführt, im Anschluss an die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone,[54] dass bei allen Forderungen für die Frage des anzuwendenden Währungsrechts als Anknüpfung der Wohnsitz des Schuldners massgebend sei; das gelte auch grundsätzlich für Forderungen, die hypothekarisch gesichert seien. Allerdings wird das dahingehend eingeschränkt, dass unter Umständen die wirtschaftliche Verbindung der persönlichen Forderung mit der dinglichen Sicherung so eng sein könne, dass die Forderung dem Recht unterstellt werden müsse, das für die Hypothek gelte.

Auch bezüglich des Enteignungsstatuts weist der BGH im Urteil vom 1.2.1952[55] und ebenso im Urteil vom 22.12.1953[56] darauf hin, dass die persönliche Forderung und die Hypothek verschiedenem Recht unterliegen könnten, die persönliche Forderung folge hierbei hinsichtlich der Belegenheit nicht notwendig der Hypothek.

---

53) BGHZ 1,109 ff.
54) Vgl. OGHZ 1,386 ff.(392); 4,51 ff.(56).
55) BGH NJW 1952,420.
56) BGHZ 12,79 ff. (84).

Dagegen hat sich in den neueren Entscheidungen des BGH die jetzt überwiegend im Schrifttum vertretene moderne Auffassung bezüglich des Statuts einer hypothekarisch gesicherten Forderung[57] durchgesetzt, und zwar sowohl hinsichtlich des allgemeinen zivilrechtlichen Statuts (Schuldstatuts) als auch hinsichtlich des Währungsstatuts und des Enteignungsstatuts.

Nach der Entscheidung des BGH vom 15.1.1954,[58] die sich auf das E n t e i g n u n g sstatut, also auf die Frage der Belegenheit einer hypothekarisch gesicherten Forderung bezieht, ist davon auszugehen, dass sowohl für die persönliche Forderung wie für die Hypothek das Recht gilt, das für das belastete Grundstück massgebend ist.[59]

Zu demselben Ergebnis kommt der BGH - aber nur für einen echten Realkredit - im Urteil vom 30.3.1955[60] bezüglich des S c h u l d- und des W ä h r u n g sstatuts. Der Entscheidung lag der Fall einer hypothekarisch an einem Grundstück in Ost-Berlin gesicherten Darlehensforderung zugrunde, wobei aber Gläubiger und Schuldner im Gebiet der Bundesrepublik wohnten.

In diesem Urteil geht der BGH hinsichtlich des Schuldstatuts der gesicherten Forderung davon aus, dass im internationalen Privatrecht nach feststehender Rechtsprechung für dessen Bestimmung in erster Linie der ausdrückliche oder stillschweigende Parteiwille, in zweiter Linie der sog. mutmassliche (hypothetische) Parteiwille und in dritter Linie der Erfül-

---

57) Vgl. oben S. 43, Anm. 47.
58) BGH LM Nr. 19 zu § 242(Cd)BGB = BGH MDR 1954,287.
59) Es wird in dem angeführten Urteil dargelegt, dass diese Regelung jedenfalls dann Platz greife, wenn, wie in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall, Schuldner und Eigentümer identisch seien. Die Frage, ob sie auch bei Verschiedenheit von persönlichem und dinglichem Schuldner gelte (diese Lage war bei der Entscheidung BGH NJW 1952,420 gegeben), lässt das Urteil dahingestellt.
60) BGHZ 17,89 ff.

lungsort massgebend sei. Dieser Grundsatz sei auf das interzonale Privatrecht entsprechend anzuwenden.[61] Abweichend vom internationalen Privatrecht könne aber im interzonalen Recht bei Schuldverhältnissen, die vor dem 8.Mai 1945 begründet worden seien, ein ausdrücklicher oder stillschweigender Parteiwille nicht in Betracht kommen, weil die Vertragspartner die Beseitigung der Rechtseinheit in Deutschland nicht vorhersehen konnten.

Anders sei es beim sogenannten mutmasslichen (hypothetischen) Parteiwillen. Denn hierbei handle es sich nicht um die Ermittelung hypothetisch-subjektiver Vorstellungen der Vertragsteile, sondern es gehe darum, die Interessen der Beteiligten - im Wege der ergänzenden Rechtsfindung - auf objektiver Grundlage in vernünftiger Weise abzuwägen,[62] d.h. es müsse hierbei festgestellt werden, ob der Schwerpunkt des Schuldverhältnisses objektiv auf eine bestimmte Rechtsordnung hinweise.

Auch für das Währungsstatut der gesicherten Forderung sei in entsprechender Anwendung dieser Grundsätze zum Schuldstatut zunächst zu prüfen, ob sich - mangels ausdrücklicher oder stillschweigender Parteiabrede - bei objektiver Wertung der beiderseitigen Interessen ein Schwerpunkt finden lasse, der auf die eine oder andere Rechtsordnung hinweise, bevor man etwa den Erfüllungsort oder den Wohnsitz des Schuldners zur Zeit der Währungsspaltung (vgl. BGHZ 1,109 ff.) als Anknüpfung verwenden könne.

Der BGH sieht nun in dieser Entscheidung den Schwerpunkt hypothekarisch gesicherter Darlehensschuldverhältnisse in der Regel am "Sitz der Hypothek". Er begründet das mit der Entwicklung der Hypothek, die - abweichend vom Aufbau des Hypothekenrechts im Gesetz - dazu geführt habe, dass diese gegenüber der Forderung die überwiegende wirtschaftliche Be-

---

61) Vgl. auch BGH LM Nr. 7 zu Art. 7 ff. EGBGB.
62) Vgl. insbesondere auch BGHZ 9,221 ff. (223).

deutung erhalten habe, die persönliche Forderung ganz in den Hintergrund trete, und die Hypothek von vornherein die Zweckbestimmung habe, der Befriedigung des Gläubigers - und nicht nur seiner Sicherung - zu dienen. Diese wirtschaftliche Entwicklung der Hypothek sei auch bei der rechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen. Der BGH verweist in dieser Entscheidung insoweit auf das Urteil des BGH vom 1.2.1952,[63] wonach kollisionsrechtlich jedenfalls die persönliche Forderung die dingliche Haftung nicht nach sich ziehen könne, eher umgekehrt die dingliche Haftung die persönliche Forderung.

Für die Bestimmung des Schwerpunkts eines hypothekarisch gesicherten Darlehensschuldverhältnisses misst dann der BGH in diesem Urteil dem Unterschied zwischen einem e c h t e n R e a l k r e d i t und einem nur dinglich gesicherten P e r s o n a l k r e d i t trotz gewisser Abgrenzungsschwierigkeiten eine wesentliche Bedeutung bei.[64] Diese Unterscheidung wurde schon früher in der Literatur, insbesondere von Nussbaum[65] und Seeger[66], in diesem Zusammenhang herangezogen und für massgeblich erklärt.[67] Der BGH führt

---

63) BGH NJW 1952,420.

64) Ebenso BGH NJW 1952,421 in einem anderen Zusammenhang, nämlich bei der Frage, ob die Geltendmachung der persönlichen Forderung durch den Gläubiger nach Enteignung der Hypothek auf einem in der Sowjetzone belegenen Grundstück nicht gegen Treu und Glauben verstösst (vgl. die Darstellung dieser Fragen unten unter VI).

65) Vgl. Geld in Theorie und Praxis, a.a.O., S. 162, 233 f.

66) Vgl. JR 1951,359 ff. und NJW 1952,210 f.

67) So auch Schnitzer, a.a.O., S. 611. Ähnlich auch Krech, NJW 1949,297, der aber danach unterscheiden will, ob es sich einerseits um eine Verkehrshypothek oder andererseits um eine Sicherungs- oder Höchstbetragshypothek handelt. Dagegen ist einzuwenden, dass es insoweit nicht auf die rechtliche Gestaltung, sondern auf den wirtschaftlichen Charakter der Hypothekenbestellung ankommen muss, denn die Verkehrshypothek kann sowohl bei einem echten Realkredit als auch zur Sicherung eines Personalkredits Verwendung finden, wobei aber die wirtschaftliche Funktion und Bedeutung der Verkehrshypothek in beiden Fällen ganz verschieden ist.

hierzu aus, bei einer objektiven Interessenabwägung sei es bei einem Realkredit, also bei einem Kredit, bei dem der Wert des belasteten Grundstücks, nicht aber die Kreditwürdigkeit des Schuldners oder dessen sonstiges Vermögen im Vordergrund stehe, angezeigt, für die Ermittlung des Statuts auch der gesicherten Forderung in erster Linie an die Lage des Grundstücks anzuknüpfen. Dagegen sei bei einem dinglich gesicherten Personalkredit, bei dem das Schwergewicht auf dem persönlichen Verhältnis ruhe und die Bestellung der Hypothek nur eine - wirtschaftlich untergeordnete - Sicherung darstelle, die Person des Schuldners und damit regelmässig dessen Wohnsitz der geeignete Anknüpfungspunkt.

3. Für unsere Untersuchung ergeben sich damit folgende Erkenntnisse: Die moderne kollisionsrechtliche Auffassung, die sich in der Literatur, der Rechtsprechung und auch auf dem Gebiet der Gesetzgebung[68] weitgehend durchgesetzt hat, wonach das Statut einer hypothekarisch gesicherten Forderung sich nach demjenigen der Hypothek richtet, wird im wesentlichen mit der wirtschaftlichen Entwicklung im Hypothekenwesen begründet. Hierbei wird anerkannt, dass die Hypothek nicht ein nebensächliches Accessorium der Forderung darstellt, sondern dass sie heute in der Regel zum Hauptrecht geworden ist, dem im Gesamtrechtsverhältnis die ganz überwiegende wirtschaftliche Bedeutung zukommt, und dass diese wirtschaftlichen Gegebenheiten auch bei der rechtlichen Behandlung der Hypothek berücksichtigt werden müssen. Die Hypothek erscheint infolgedessen nicht mehr nur als ein rein akzessorisches, von der Forderung einseitig abhängiges Recht, sondern die Bestellung der Hypothek wirkt auch auf die Forderung zurück, es folgt nicht mehr nur die Hypothek der Forderung, sondern die Forderung folgt - jedenfalls kollisionsrechtlich - auch der Hypothek. Diese "umgekehrte" Abhängigkeit, die Anlehnung auch der Forderung an die Hypothek, wird allerdings nur für die Fälle eines echten Realkredits,

---

68) Vgl. bzgl. der Gesetzgebung oben S. 44 unter 2a a.E. und S. 41, Anm. 44.

nicht dagegen bei dinglich gesicherten Personalkrediten, angenommen.

VI. Ostzonale Enteignungen

A. In der Literatur und Rechtsprechung, die sich mit den Auswirkungen der seit 1945 erfolgenden ostzonalen Enteignungen[69] auf hypothekarische Rechtsverhältnisse befasst, wurden auch auf m a t e r i e l l r e c h t l i c h e m Gebiet neue Prinzipien im Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung herausgearbeitet, die im folgenden dargestellt werden sollen. Es handelt sich hierbei um die Frage, ob eine Enteignung, die nur einen Teil des hypothekarischen Gesamtrechtsverhältnisses ergreift,[70] auch auf den anderen, von der Enteignung nicht unmittelbar betroffenen Teil einwirkt, d.h. welche Auswirkungen eine Enteignungsmassnahme in der Ostzone hat, die entweder nur die persönliche Forderung, nicht aber die in den Westzonen belegene Hypothek, oder nur die Hypothek oder das belastete Grundstück, nicht aber die in den Westzonen belegene gesicherte Forderung erfasst.

Der im internationalen Privat- und Verwaltungsrecht geltende Territorialitätsgrundsatz[71] beschränkt zwar die Wirkung einer Enteignungsmassnahme auf das Gebiet des enteignenden Staates; eine Enteignung ist danach nur insoweit zu beachten, als die enteigneten Gegenstände im Gebiet des enteignenden Landes "belegen" sind. Dennoch kann es gerade bei Gesamt-

---

69) Vgl. die Uebersicht der ostzonalen Gesetze und Verordnungen, die hier in Frage kommen, bei Ficker, a.a.O., S.80 f. und bei Strich, a.a.O., S. 172.

70) Vgl. zu der Frage eines Verstosses der ostzonalen Enteignungen gegen den westdeutschen ordre public (Art.30 EGBGB), auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, insbesondere Raiser, SJZ 1950,280 und JZ 1951, 177; Beitzke, JZ 1951,367.

71) Vgl.hierzu statt vieler Raape, Internationales Privatrecht, a.a.O., S. 617 ff.

rechtsverhältnissen erforderlich sein, um untragbare Ergebnisse zu vermeiden, dass man zur Korrektur des Territorialitätsgrundsatzes gewisse ultraterritoriale, materiellrechtliche Reflexwirkungen der Enteignung auch für den nicht unmittelbar von ihr ergriffenen Teil des Gesamtrechtsverhältnisses zulässt.[72] Diese Problematik kann hier allerdings nur dann entstehen, wenn man - entgegen der oben (unter V) dargestellten modernen kollisionsrechtlichen Auffassung[73] - von einer grundsätzlich getrennten Belegenheit von persönlicher Forderung und Hypothek ausgeht, die hypothekarisch gesicherte Forderung also nicht am Grundstücksort, sondern in der Regel am Wohnsitz des Schuldners lokalisiert.

Streitig können auch dann nur diejenigen Fälle werden, in denen im Einzelfall Forderung und Hypothek in verschiedenen Zonen belegen sind. Denn es ist nach dem Territorialitätsgrundsatz selbstverständlich, dass die Enteignung des gesamten hypothekarischen Rechtsverhältnisses dann wirksam ist, wenn sowohl der Anknüpfungspunkt für die Forderung (Wohnsitz des Schuldners) als auch derjenige für die Hypothek (Grundstücksort) im enteignenden Gebiet liegt und dann unwirksam ist, wenn beide ausserhalb dieses Gebiets liegen.[74] Von den danach verbleibenden zwei Fällen: 1) Wohnsitz des Schuldners in den Westzonen, belastetes Grundstück in der Ostzone, 2) Wohnsitz des Schuldners in der Ostzone, belastetes Grundstück in den Westzonen, bleibt der letztere im folgenden un-

---

72) Vgl. in neuerer Zeit Lewald in: Beiträge zum Bürgerlichen Recht, 1950, 127; Drobnig, ZAIP 18,659 ff.

73) Es muss hier darauf hingewiesen werden, dass es in diesem Zusammenhang nicht darum geht, die Richtigkeit einer bestimmten kollisionsrechtlichen Ansicht nachzuweisen, sondern dass hier nur die Tendenzen aufgezeigt werden sollen, die in Literatur und Rechtsprechung bestehen und die, wenn auch nicht allgemein auf kollisionsrechtlichem, so doch weitgehend auf materiellrechtlichem Gebiet eine neuartige Betrachtungsweise des Verhältnisses von Hypothek und persönlicher Forderung zum Gegenstand haben.

74) Vgl. Drobnig, a.a.O., S. 663; Strich, a.a.O., S. 171.

berücksichtigt, da nach der neueren ostzonalen Auffassung eine hypothekarisch gesicherte Forderung am Ort des belasteten Grundstücks belegen ist, und daher in diesem zweiten Fall Enteignungen in der Ostzone nicht mehr vorgenommen werden.[75] Untersucht wird hier also nur der Tatbestand der Belegenheit der Forderung in den Westzonen, während die Hypothek wie das Grundstück in der Ostzone belegen ist. Hierbei muss aber scharf unterschieden werden - was in Literatur und Rechtsprechung nicht ausreichend geschieht -, ob die Hypothek des Gläubigers (unten B) oder ob das hypothekarisch belastete Grundstück des Eigentümers (unten C) in der Ostzone (oder im Gebiet östlich der Oder-Neisse-Linie) enteignet wird.

B. Die Darstellung der Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung hinsichtlich des Problems der E n t e i g n u n g d e r H y p o t h e k in der Ostzone, während die Forderung in den Westzonen belegen ist, soll danach untergeteilt werden, ob Identität (unten 1) oder Verschiedenheit (unten 2) von Schuldner und Eigentümer vorliegt.

1. Ist nur die Hypothek in der Ostzone belegen, dann ist nach dem Territorialitätsprinzip nur sie der ostzonalen Enteignung zugänglich. Sind S c h u l d n e r u n d E i g e n t ü m e r i d e n t i s c h , dann stehen dem Schuldner-Eigentümer infolge der Enteignung der Hypothek nunmehr zwei Gläubiger gegenüber; der ursprüngliche Gläubiger kann hierbei die persönliche Forderung, die ihm erhalten geblieben ist, in den Westzonen geltend machen, während der "Gläubiger kraft Enteignung"[76] das dingliche Recht erworben hat und auf das belastete Grundstück in der Ostzone zugreifen kann. Eine solche Verdoppelung auf der Gläubigerseite ist dem Hypothekenrecht des BGB grundsätzlich fremd. Die Uebertragung

---

75) vgl. oben S. 41, Anm. 44.
76) "Gläubiger kraft Enteignung" benennt Strich a.a.O. (S.159) denjenigen, zu dessen Gunsten die Enteignung erfolgt ist.

nur des einen Rechts ohne das andere ist nach § 1153 Abs.2 BGB unzulässig und ein Verstoss hiergegen führt nach § 134 BGB zur Nichtigkeit.[77] Infolgedessen wird in der Literatur auch teilweise vertreten,[78] dass eine solche getrennte Enteignung der Hypothek in der Ostzone, ohne dass ein Zugriff auf die persönliche Forderung möglich ist,nach den §§ 1153 Abs. 2,134 BGB nichtig sei. Solche Erwägungen helfen aber nicht weiter, da die ostzonale Enteignungspraxis § 1153 Abs. 2 BGB hier nicht als gegeben ansieht und die Enteignung der Hypothek jedenfalls faktisch durchgesetzt werden kann. Es ist hierbei auch zu beachten, dass eine hypothekarisch gesicherte Forderung nach sowjetzonaler Auffassung am Grundstücksort lokalisiert und durch die Enteignungsgesetze miterfasst wird. Da es aber allgemein verbindliche Regeln, etwa völkerrechtliche Regeln, über die Bestimmung der Belegenheit einer Forderung nicht gibt, bleibt es jedem Staat überlassen, hierfür Grundsätze aufzustellen. Die sowjetzonale Auffassung muss deshalb in der Bundesrepublik, auch wenn man hier die gesicherte Forderung anders lokalisiert und ihre Enteignung daher nicht anerkennt, doch insoweit respektiert werden, dass eine getrennte Enteignung der Hypothek nicht am Prinzip des § 1153 Abs. 2 BGB scheitern kann.[79]

a) Die Gefahr der Doppelinanspruchnahme des Schuldner-Eigentümers wird von einer kleinen Minderheit in Literatur und Rechtsprechung bewusst in Kauf genommen.[80] Es wird hier-

---

77) Vgl. die eingehenden Ausführungen bei Strich, a.a.O., S. 173 ff.

78) Vgl. Ficker, a.a.O., S. 121; Fuchs, a.a.O., S. 55; auch Beitzke, JZ 1951,368,hält diese Lösung für "theoretisch korrekt", spricht sich dann aber doch, angesichts der ostzonalen Beschlagnahmepraxis, für eine Berücksichtigung der Zwangslage des Schuldner-Eigentümers aus.

79) So Strich, a.a.O., S. 180. - Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Konstruktion von Kegel in Soergel, Vorbem. VI 1e) cc) vor Art. 7 EGBGB, der zugunsten des neuen Hypothekars die Forderung als mitübergegangen ansieht (analog § 1138 BGB "für die Hypothek").

80) Vgl. Schmidt, VersR 1950,153 und 173; v. Laun, VersR 1951,62; LG Bielefeld NJW 1949,27; LG Lüneburg MDR 1951,430; LG Hamburg NJW 1957,505 ff.

bei streng am Territorialitätsgrundsatz festgehalten: die Enteignung der Hypothek in der Ostzone könne keinerlei Auswirkungen auf die in den Westzonen belegene Forderung haben, diese könne der ursprüngliche Gläubiger weiterhin voll geltend machen.

Diese Lösung, die ein einseitiger Schutz für den alten Gläubiger darstellt, würde tatsächlich dazu führen, dass die Leistung vom Schuldner-Eigentümer zweimal verlangt wird, obwohl er sich nur zu einer einmaligen Leistung verpflichtet hat.[81] In dieser Abwälzung des Enteignungsschadens auf den Schuldner-Eigentümer liegt deshalb eine besondere Unbilligkeit, weil sich doch die Hypothekenenteignung primär nicht gegen den Schuldner-Eigentümer, sondern gegen den Hypothekengläubiger richtet.[82]

b) Die weit überwiegende Mehrheit in Schrifttum und Praxis sucht daher nach rechtlichen Möglichkeiten, um dem Schuldner-Eigentümer zu helfen und eine gerechte Verteilung des Enteignungsschadens herbeizuführen.[83]

aa) Durchgesetzt hat sich im wesentlichen hierbei die Ansicht, dass der Schuldner-Eigentümer durch Leistung an den dinglichen Gläubiger, den "Gläubiger kraft Enteignung",auch

---

81) Vgl. Strich, a.a.O., S. 181.
82) Vgl. Drobnig, a.a.O.,S. 667.
83) Ein Schutz des Schuldner-Eigentümers wird auch auf kollisionsrechtlichem Wege erreicht, wenn man nämlich die gesicherte Forderung als am Grundstücksort belegen ansieht (vgl. oben unter V), weil dann die Enteignung in der Ostzone in vollem Umfang wirksam ist. Da in diesem Fall keine materiellrechtlichen Probleme mehr auftreten, bleibt diese Lösung hier unberücksichtigt.

Versucht wurde auch in der Rechtsprechung (vgl. OGHZ 4, 6 ff.), den Schuldner-Eigentümer vor Doppelinanspruchnahme mit Hilfe der formalen Vorschriften der §§ 1161, 1160, 1144 BGB zu schützen. Dieser Ausweg muss aber dann versagen, wenn der Gläubiger doch noch die entsprechenden Papiere hat. Ausserdem ist die Anwendung von § 1161 BGB recht zweifelhaft, da die Forderung wohl nach Enteignung der Hypothek als ungesichert anzusehen ist (vgl. Strich, a.a.O., S. 184).

von seiner persönlichen Verpflichtung befreit werde.[84] Der Grundgedanke, auf dem diese Lösung basiert, ist der, dass bei einem hypothekarischen Rechtsverhältnis trotz getrennter Belegenheit der Rechte nach der materiellrechtlichen Regelung des BGB doch die persönliche Forderung und die dingliche Berechtigung streng in dem Sinne gekoppelt seien, dass der Schuldner-Eigentümer vor der Gefahr einer Doppelinanspruchnahme geschützt werde.[85] Da sich der Schuldner-Eigentümer dem Zugriff des "Gläubigers kraft Enteignung" keinesfalls entziehen könne, müsse der Schuldner-Eigentümer dem alten Gläubiger gegenüber vor einer zusätzlichen Leistung geschützt werden. Es sei in diesem Fall durch Treu und Glauben geboten, dass der alte Gläubiger angesichts der Zwangslage des Schuldner-Eigentümers auf die ihm an sich zustehende Leistung verzichte oder - wie es die neuere Rechtsprechung formuliert[86] - dem Schuldner-Eigentümer stehe in diesem Fall wegen der Unzumutbarkeit einer Doppelleistung ein aus § 242 BGB hergeleitetes einstweiliges Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem alten Gläubiger zu. Dieses Ergebnis entspricht dem Grundsatz, dass jeder den ihn treffenden Kriegs- oder Kriegsfolgeschaden selbst tragen muss,[87] denn die Enteignung der Hypothek richtet sich unmittelbar nur gegen den Hypothekengläubiger.

bb) Einen etwas anderen Weg schlägt S e e g e r ein.[88] Auch er geht davon aus, dass dieser Fall einer Doppelinanspruchnahme des Schuldner-Eigentümers in Ermangelung einer speziellen gesetzlichen Regelung nur nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB über Treu und Glauben im Rechts-

---

84) Vgl. insbes. OLG München MDR 1950,682; OLG Braunschweig BB 1951,600; LG Berlin HuW 1949,218 und NJW 1951,30; BGH NJW 1953,861; Beitzke, JR 1951,708 und JZ 1951, 368; Palandt-Lauterbach, Vorbem. 14 g ee vor Art. 7 EGBGB; Staudinger-Scherübl, Einleitung zu §§ 1113 ff. Anm. 242.
85) Vgl. OGHZ 4,6 ff.
86) Vgl. BGH NJW 1953,861; BGHZ 12,79 ff.
87) Vgl. Beitzke, JR 1951,708.
88) Vgl. JR 1951, 359 ff. und NJW 1952,210 f.

verkehr (§§ 157, 242 BGB) entschieden werden könne. Für die Frage, ob die Geltendmachung der persönlichen Forderung durch den alten Gläubiger nach Enteignung der Hypothek in der Ostzone gegen Treu und Glauben verstösst, will er aber entscheidend auf die Motive abstellen, die den Gläubiger zur Hergabe der Valuta gegen Hypothekenbestellung und den Schuldner zur Aufnahme des Kredits gegen Verpfändung eines Grundstücks bestimmt haben. Danach soll bei einem R e a l k r e d i t, der als Regelfall angesehen wird und bei dem ausschliesslich der Wert des belasteten Grundstücks, nicht aber das sonstige Vermögen des Schuldner-Eigentümers oder seine persönliche Kreditwürdigkeit für die Höhe der Darlehensgewährung bestimmend ist, der Gläubiger seine persönliche Forderung nach Enteignung der Hypothek nicht mehr geltend machen können, da es in diesem Fall Treu und Glauben widerspreche, wenn der alte Gläubiger, nachdem ihm der Zugriff auf das Grundstück verschlossen bleibe, nunmehr die rechtliche Möglichkeit ausnütze, aus der persönlichen Forderung gegen den Schuldner-Eigentümer vorzugehen, eine Möglichkeit, von der er ohne das Dazwischentreten der Enteignungsmassnahme sicherlich keinen Gebrauch gemacht hätte und deren Ausschöpfung auf der Schuldnerseite zu grossen Härten führe. Andererseits soll bei einem P e r s o n a l k r e d i t , bei dem die Bestellung der Hypothek nur eine untergeordnete, zusätzliche Sicherung darstellt, der alte Gläubiger seine persönliche Forderung weiterhin geltend machen können, ohne Rücksicht auf das Vorgehen des "Gläubigers kraft Enteignung" gegen das Grundstück.

2. Sind S c h u l d n e r u n d G r u n d s t ü c k s e i g e n t ü m e r v e r s c h i e d e n e P e r s o n e n und wird nur die in der Sowjetzone belegene Hypothek wirksam enteignet, so wird für die Frage der Geltendmachung der in der Bundesrepublik belegenen persönlichen Forderung durch den alten Gläubiger von manchen entscheidend darauf abgehoben,[89] wie das Innenverhältnis zwischen Schuldner und Grundstücks-

---

89) Vgl. Ficker, a.a.O., S. 119; Drobnig, a.a.O., S. 672.

eigentümer hinsichtlich der gegenseitigen Regressforderungen ausgestaltet ist, während von anderer Seite daran festgehalten wird, dass das Innenverhältnis zwischen Schuldner und Grundstückseigentümer keine Bedeutung für das Aussenverhältnis zum alten Gläubiger haben könne.[90]

a) Auch bei Nichtidentität von Schuldner und Eigentümer besteht die Gefahr einer Doppelleistung und zwar in der Weise, dass sowohl der Schuldner als auch der Eigentümer die ganze Leistung erbringen müssen, während nach der ursprünglichen Gestaltung des hypothekarischen Rechtsverhältnisses die Leistung zwar von dem einen oder anderen, insgesamt aber nur einmal verlangt werden darf.[91] Dieses Ergebnis - Leistung durch den Schuldner und den Eigentümer - hält Drobnig[92] dann für richtig, wenn der Schuldner im Innenverhältnis allein zur Leistung verpflichtet ist. Nach Drobnig kann in diesem Fall das "Prinzip der Schadenstragung durch den primär Betroffenen"[93] (bei Enteignung der Hypothek also durch den alten Hypothekengläubiger) keine Anwendung finden, denn hier handle es sich nur darum, dass bei Inanspruchnahme des Grundstückseigentümers aus der Hypothek durch den "Gläubiger kraft Enteignung" die persönliche Forderung gegen den Schuldner nicht wie sonst nach § 1143 Abs. 1 BGB auf den Eigentümer übergehen könne, weil diese Forderung noch dem alten Gläubiger zustehe. Der Eigentümer verliere hier also nur seinen Regressanspruch. Folglich könne der alte Gläubiger aus der persönlichen Forderung gegen den Schuldner vorgehen, denn ein Schutz gegen Doppelleistung, wie bei Identität von Schuldner und Eigentümer, erübrige sich hier, da die doppelte Leistung sich auf zwei Personen - Grundstückseigentümer und persönlicher Schuldner - verteile.

---

90) Vgl. Beitzke, JR 1951,707.
91) Vgl. Strich, a.a.O., S. 203.
92) Drobnig, a.a.O., S. 673.
93) Drobnig, a.a.O., S. 673.

Gegen diese Behauptung von einer "Verteilung der Schadenslast" in diesem Fall wurde mit Recht eingewandt,[94] dass doch hier in Wirklichkeit nur der Eigentümer geschädigt werde, der seine Rückgriffsmöglichkeit einbüsse, nicht aber der Schuldner, der im Innenverhältnis ohnehin allein zur Leistung verpflichtet sei. Ausserdem wurde darauf hingewiesen,[95] dass die Enteignung in der Sowjetzone eine grössere Reichweite hat. Während nach westdeutscher Auffassung der "Gläubiger kraft Enteignung" nur die Hypothek erwerben könne, werde nach ostzonaler Auffassung (da hier die Forderung am Grundstücksort lokalisiert wird[96]) auch die persönliche Forderung wirksam enteignet; § 1143 Abs. 1 BGB finde dort also Anwendung. Daraus folge, dass der Grundstückseigentümer, der nach Leistung an den "Gläubiger kraft Enteignung" von dem persönlichen Schuldner Ausgleich verlange, zwar in Westdeutschland mit seinem Anspruch nicht durchdringe, dass er aber andererseits nicht daran gehindert werden könne, auf das sowjetzonale Vermögen des Schuldners zuzugreifen. Es gebe also durchaus Fälle, in denen der Eigentümer seinen Regressanspruch durchsetzen könne, so dass für den persönlichen Schuldner dann doch die Gefahr einer Doppelleistung wie bei Identität von Schuldner und Eigentümer bestehe. Für diese Fälle wird daher auch von S t r i c h[97] ein Schutz des persönlichen Schuldners befürwortet und dem alten Gläubiger die Geltendmachung der persönlichen Forderung versagt. Auch B e i t z k e[98] hält hier grundsätzlich an dem "Prinzip der Schadenstragung durch den primär Betroffenen" fest; der Gläubiger müsse grundsätzlich, ohne Rücksicht auf die Gestaltung des Innenverhältnisses, den Schaden einer gegen ihn gerichteten Enteignung selber tragen.

---

94) Vgl. Strich, a.a.O., S. 204.
95) Vgl. ebenfalls Strich, a.a.O., S. 204 f.
96) Vgl. oben S. 41, Anm. 44.
97) Strich, a.a.O., S. 205.
98) JR 1951, 707 f.

b) Für den Fall, dass der Grundstückseigentümer im Innenverhältnis allein zur Leistung verpflichtet ist, hat der BGH im Urteil vom 1.2.1952[99] festgestellt, dass die Enteignung einer Hypothek auf einem in der Sowjetzone belegenen Grundstück das Rechtsverhältnis zwischen dem alten Gläubiger und dem persönlichen Schuldner derart störe, dass die Geltendmachung der Forderung gegen den persönlichen Schuldner, solange dieser keine Rückgriffsmöglichkeit gegen den Grundstückseigentümer habe, gegen Treu und Glauben verstossen würde. Eine Rückgriffsmöglichkeit des persönlichen Schuldners ist deshalb nicht gegeben, weil ein Ausgleichsanspruch des persönlichen Schuldners in der Sowjetzone nicht anerkannt wird, da nach sowjetzonaler Auffassung der Schuldner an den auch bezüglich der Forderung enteigneten alten Gläubiger und damit an einen Nichtberechtigten geleistet hat; greift aber der persönliche Schuldner auf etwa in der Bundesrepublik belegenes Vermögen des Grundstückseigentümers zu, dann könnte dieser die Einrede der Doppelleistung erheben, da er sich der Leistung an den "Gläubiger kraft Enteignung" keinesfalls entziehen kann.[100] Es bleibt also auch in diesem Fall dabei, dass der alte Hypothekengläubiger, gegen den die Enteignungsmassnahme gerichtet ist, den Enteignungsschaden tragen muss.

7. Nach diesen Ausführungen über den Stand der Rechtsprechung und des Schrifttums in dieser Frage lässt sich für unser Thema folgendes feststellen: Die ganz überwiegende Meinung in der Literatur und in der Praxis statuiert - auch soweit sie kollisionsrechtlich noch von einer getrennten Belegenheit von persönlicher Forderung und Hypothek ausgeht - doch materiellrechtlich, nämlich auf dem Wege über § 242 BGB, eine grundsätzliche Abhängigkeit der (in den Westzonen belegenen) persönlichen Forderung gegenüber der Hypothek, wenn diese in der Ostzone enteignet wird. Geht die Hypothek dem alten Gläubiger durch Enteignung verloren, so wird ihm re-

99) BGH NJW 1952,420 f.
100) Vgl. Strich, a.a.O., S. 207.

gelmässig als Folge davon auch die Geltendmachung der persönlichen Forderung versagt und zwar sowohl bei Identität als auch bei Verschiedenheit von persönlichem Schuldner und Grundstückseigentümer. Diese Rückwirkung vom dinglichen Recht, von der Hypothek auf die persönliche Forderung, entspricht nicht mehr der Vorstellung einer einseitig akzessorischen Hypothek, wonach der Wegfall des Sicherungsrechts des Gläubigers für den Bestand der persönlichen Forderung unerheblich wäre und ein gesicherter Gläubiger nicht schlechter gestellt werden dürfte als ein ungesicherter.

Hierbei ist zu beachten, dass diese Abhängigkeit der persönlichen Forderung von der Hypothek bei Enteignung des dinglichen Rechts nicht nur wegen der Gefahr einer doppelten Bezahlung seitens des Schuldners und damit einer unzumutbaren Härte für diesen festgelegt wird. Der BGH führt hierzu im Urteil vom 1.2.1952[101] aus: Die Gefahr einer doppelten Bezahlung befreie für sich allein den Schuldner nicht. Auch die Tatsache, dass (bei Verschiedenheit von persönlichem Schuldner und Grundstückseigentümer) der vom Gläubiger in Anspruch genommene persönliche Schuldner mit seinem Ausgleichsanspruch gegen den allein verpflichteten Grundstückseigentümer nicht durchdringen könne und somit praktisch doppelt zahlen müsste (von einer ersten Zahlung kann man insofern sprechen,[102] als meist der Grundstückseigentümer als Käufer die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat), rechtfertige nicht allein die Befreiung des Schuldners. Für den persönlichen Schuldner bestehe nämlich immer ein gewisses Risiko der Doppelzahlung. Das sei etwa der Fall, wenn er zwar dem Gläubiger leisten müsse, andererseits aber sein Rückgriff gegen den Grundstückseigentümer nicht zum Ziele führe, weil die Hypothek in der Zwangsversteigerung ausgefallen war oder das Grundstück durch Zerstörung des auf ihm errichteten Gebäudes entwertet wurde. Im Gegensatz zu diesen Fällen, deren Eintreten zum normalen Risiko der Haftung des persönlichen Schuldners gehöre, sei durch die Enteignung der Hy-

---

101) BGH NJW 1952,420 f.
102) Vgl. Raape, Internationales Privatrecht,a.a.O.,S.640.

pothek das Rechtsverhältnis zwischen dem alten Gläubiger und dem persönlichen Schuldner in einer Weise gestört worden, die zur Zeit der Begründung der Schuld nicht vorauszusehen war. Der persönliche Schuldner werde hier durch seine Haftbarkeit auch für diesen Fall mit einem Risiko belastet, mit dem weder er noch der Gläubiger hätte rechnen können. Durch die Enteignung der Hypothek sei bezüglich der persönlichen Forderung die ganze Grundlage des Geschäfts verschoben worden.

Der BGH sieht also in gewissen Ereignissen, die nur bei der Hypothek eintreten, eine wesentliche Veränderung der Geschäftsgrundlage auch bezüglich der persönlichen Forderung[103] und kommt also insoweit auch zu einer gewissen Abhängigkeit der persönlichen Forderung von der Hypothek. Bei diesem Ergebnis hat der BGH - das kommt in dem angeführten Urteil klar zum Ausdruck - weitgehend die wirtschaftliche Entwicklung im Hypothekenrecht berücksichtigt, wonach die Hypothek für den Regelfall "an Bedeutung so überwiegt, dass die persönliche Forderung praktisch in den Hintergrund tritt". Der BGH erklärt in diesem Zusammenhang, d.h. gerade für die Frage einer Rückwirkung auch von der Hypothek auf die Forderung, ausdrücklich die schon von Seeger herangezogene Unterscheidung[104] zwischen einem Realkredit und einem nur dinglich gesicherten Personalkredit für rechtlich beachtlich.

7. Nicht dieselbe weitgehende Uebereinstimmung der Ansichten wie bezüglich der Enteignung der Hypothek des Gläubigers zeigt sich bei der Frage, welche Auswirkungen auf das

---

103) Vgl. ebenso insbesondere Staudinger-Scherübl, Einleitung zu §§ 1113 ff. Anm. 242; Seeger, JR 1951, 362; Wolf, NJW 1957,505. Larenz, Geschäftsgrundlage, a.a.O., S. 154, bringt diese Entscheidung des BGH als einen Fall des Wegfalls der sog. objektiven Geschäftsgrundlage.

104) Vgl. oben S. 55 f. unter B 1 b) bb).

hypothekarische Rechtsverhältnis die Enteignung des hypothekarisch belasteten Grundstücks in der Ostzone oder im Gebiet östlich der Oder-Neisse-Linie hat. Häufig bleibt auch die jeweilige Stellungnahme in Literatur und Praxis zu diesem Fall unklar, weil er nicht scharf genug von dem andern der Hypothekenenteignung unterschieden wird. Zu beachten ist, dass im Gegensatz zu dem Problem der Auswirkungen der Hypothekenenteignung, das nur dann eine Rolle spielt, wenn die gesicherte Forderung am Wohnsitz des Schuldners und nicht am Grundstücksort lokalisiert wird, die Frage der Auswirkungen einer Grundstücksenteignung auch dann auftreten kann, wenn man von der modernen Auffassung der Belegenheit der persönlichen Forderung am Grundstücksort ausgeht.

1. Durch die Enteignung des hypothekarisch belasteten Grundstücks erlischt das bisherige Eigentum an ihm und wird für den durch die Enteignung Begünstigten neues Eigentum begründet. Es handelt sich hier um einen originären Rechtserwerb. Durch die Enteignung gehen daher auch die Rechte Dritter an dem Grundstück unter, das Grundstück geht also lastenfrei auf den Enteignungsberechtigten über.[105] Die Enteignung des belasteten Grundstücks hat also zur Folge, dass die Hypothek erlischt, der Gläubiger verliert sein dingliches Recht.

2. Damit ist die Frage gestellt, ob trotz Wegfall des Grundstücks und Untergang der Hypothek der Gläubiger gegenüber dem persönlichen Schuldner die persönliche Forderung geltend machen kann.[106] Geht man streng von der Vorstellung einer

105) Vgl. Jellinek, a.a.O., S. 407; O.Mayer, a.a.O., S. 25 f.; Fleiner, a.a.O., S. 308; Peters, a.a.O., S. 178; RG in ständiger Rechtsprechung seit RGZ 61,102 ff.(106); OGHZ 2,214 (218); ebenso ostzonale Gerichte: AG Greifswald NJ 1950,409; OLG Dresden NJW 1949,866.

106) Im folgenden wird - wie allgemein in der Literatur - nicht weiter unterschieden, ob Identität oder Verschiedenheit von persönlichem Schuldner und Grundstückseigentümer vorliegt.

einseitig akzessorischen Hypothek aus, so hat allerdings der Wegfall des Sicherungsobjekts und der damit verbundene Untergang des akzessorischen Sicherungsrechts keinerlei Rückwirkungen auf die persönliche Forderung. Es bleibt aber zu untersuchen, ob hier, wie bei der Frage der Hypothekenenteignung, in der modernen Literatur und Rechtsprechung zu den ostzonalen Enteignungen neue rechtliche Gesichtspunkte und Erwägungen zu finden sind.

a) Von einem Teil der Literatur und Rechtsprechung wird eine Gleichstellung des Falles der Grundstücksenteignung mit dem der Hypothekenenteignung abgelehnt:[107] der Schuldner werde nicht dadurch von seiner Verbindlichkeit befreit, dass das belastete Grundstück dem Gläubiger nicht mehr hafte. Von der Gefahr einer Doppelleistung für den Schuldner-Eigentümer, der man mit Hilfe des § 242 BGB begegnen müsste, könne man hier nicht sprechen; es fehle an der hierfür typischen Verdoppelung der Gläubigerstellung, in dem Verlust des Grundstücks aber könne man keine "Leistung" des Schuldner-Eigentümers sehen.[108] Ein Schutz des Schuldners nach § 242 BGB sei hier auch nach dem Prinzip der "Schadenstragung durch den primär Betroffenen" nicht angebracht, denn im Gegensatz zur Hypothekenenteignung richte sich die Grundstücksenteignung in erster Linie gegen den Grundstückseigentümer bzw. Schuldner-Eigentümer.

b) Gegen diese Ansicht wendet sich in der Literatur insbesondere S e e g e r .[109] Es könne nicht daran vorbeigegangen werden, dass ein Fortfall des unbeweglichen Haftungsobjekts durch vom Eigentümer nicht verschuldete, entschädigungslose Enteignung von den Verfassern des BGB ebensowenig vorhergesehen worden sei wie etwa der Umfang an Ge-

---

107) Vgl. Strich, a.a.O., S. 167 ff.; Drobnig, a.a.O., S. 671; Palandt-Lauterbach, Vorbem. 14 g) ee) vor Art. 7 EGBGB; Schleswig-Holsteinisches OLG JR 1950, 755; LG Lüneburg MDR 1951,430; LG Bielefeld NJW 1949, 27.

108) Vgl.insbes.Drobnig, a.a.O., S. 671.

109) Seeger, JR 1951, 351 ff.

bäudezerstörungen durch den letzten Krieg, und man müsse daher wie für diese Fälle auch für diese Grundstücksenteignungen zu einem sinnvollen Ausgleich des Schadens kommen. Das könne nur auf dem Weg über die Vorschriften des BGB über Treu und Glauben erreicht werden. In gleicher Weise wie für die Hypothekenenteignungen[110] will dann Seeger für die Frage, ob die Geltendmachung der persönlichen Forderung nach Enteignung des belasteten Grundstücks gegen Treu und Glauben verstösst, darauf abstellen, ob es sich im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner um die Gewährung eines Realkredits oder eines (nur dinglich gesicherten) Personalkredits handelte. Er kommt also zu dem Ergebnis, dass der Gläubiger bei einem echten Realkredit nach Enteignung des belasteten Grundstücks auch aus seiner persönlichen Forderung nicht mehr gegen den Schuldner vorgehen kann, während er umgekehrt bei einem Personalkredit seine persönliche Forderung behält ohne Rücksicht auf die Grundstücksenteignung.

Auch im Bereich der Rechtsprechung liegen, was fast durchweg in der Literatur übersehen wird, zwei neuere Entscheidungen des AG[111] und des LG Lüneburg[112] vor, die, im Gegensatz zu den sonst vorliegenden älteren Entscheidungen,[113] der Enteignung des belasteten Grundstücks eine wesentliche Bedeutung für die Geltendmachung der persönlichen Forderung beilegen. Das LG Lüneburg führt hierzu aus: Es komme auch für die Fälle der Grundstücksenteignungen - wie es der BGH schon für Hypothekenenteignungen festgestellt habe[114] -

---

110) Vgl. oben S. 55 ff.
111) Vgl. Urteil des AG Lüneburg vom 11.11.1953, Rundschreiben des Ausschusses zonenmässig getrennter Betriebe, Nr. 172 Z.785.
112) Vgl. Urteil des LG Lüneburg vom 4.2.1954, Rundschreiben des Ausschusses zonenmässig getrennter Betriebe, Nr. 174, Z. 795.
113) Vgl. oben S. 63, Anm. 107.
114) Vgl. BGH NJW 1952, 420 f.; oben S. 60 f. behandelt.

nicht so sehr auf die Gefahr einer Doppelleistung für den Schuldner an. Entscheidend sei dagegen, dass auch das persönliche Schuldverhältnis infolge der Grundstücksenteignung im Sinne des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach den Grundsätzen von Treu und Glauben Veränderungen erfahren habe. In diesem Zusammenhang sei wichtig - das Landgericht folgt insoweit Seeger -[115], ob es sich im Verhältnis der Parteien um einen Real- oder einen Personalkredit gehandelt habe. Bei einem Realkredit seien die Valuta in erster Linie zur Erlangung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück, also als Kredit "auf das Grundstück" gegeben worden und es sei damit ein Risiko eingegangen worden, das sich allein nach den Verhältnissen des Grundstücks richten sollte.[116] In einem solchen Fall müsse es bei einer Grundstücksenteignung als recht und billig erscheinen, dass jede der Parteien ihre Kriegsfolgelasten selbst trage, der Schuldner also auf sein Grundstück verzichte, der Gläubiger dagegen auf seine Hypothek m i t Forderung, er könne also bei einem echten Realkredit nach Enteignung des Grundstücks auch nicht mehr aus der persönlichen Forderung gegen den Schuldner vorgehen.

3. Bemerkenswert für unser Thema bleibt folgendes: Auch in den Fällen, in denen es sich nur um die Enteignung des hypothekarisch belasteten Grundstücks handelt, wird in jüngster Zeit von einem Teil der Rechtsprechung und der Literatur eine Rückwirkung der Ereignisse im dinglichen Bereich auf das persönliche Schuldverhältnis angenommen, Das Sicherungsobjekt, also das Grundstück, erhält insoweit bei einem echten Realkredit eine zentrale Stellung und Bedeutung im gesamten hypothekarischen Rechtsverhältnis, sein Wegfall berührt auch die Grundlage der persönlichen Verpflichtung.

Besonders interessant sind auch die Ausführungen des LG Lüneburg in dem angeführten Urteil zum "Prinzip der Schadens-

---

115) Vgl. oben S. 63, Anm. 109.
116) Ebenso auch eingehend Wolf, NJW 1957,506.

tragung durch den primär Betroffenen". Das Landgericht sieht bei einer Grundstücksenteignung sowohl den Grundstückseigentümer als auch den Hypothekar als "primär Betroffenen" an. Hier dürfte wohl wieder die schon an anderer Stelle erwähnte[117] wirtschaftliche Betrachtungsweise anklingen, wonach das Grundstück bei einem hypothekarischen Rechtsverhältnis aufgeteilt gesehen wird in einen Gläubiger- und einen Eigentümeranteil; der Hypothekar wird dann in dieser Sicht durch die Enteignung des Grundstücks als "Teileigentümer" in gleicher Weise betroffen wie der Grundstückseigentümer, er muss den Enteignungsschaden bezüglich seines "Anteils" selbst tragen; bei dieser Betrachtung tritt wieder die persönliche Forderung als "Anhängsel" des dinglichen Rechts ganz in den Hintergrund.

2. Abschnitt: Der wirtschaftliche Charakter von Hypothek und persönlicher Forderung im modernen Hypothekenwesen

Zur Begründung der im vorigen Abschnitt dargestellten, neuartigen Grundsätze bezüglich des Verhältnisses von Hypothek und Forderung, die sich auf gewissen Sonderrechtsgebieten in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum herausgebildet haben, wird meist auf die moderne wirtschaftliche Entwicklung im Hypothekenwesen hingewiesen. Im folgenden sollen daher die wirtschaftlichen Gegebenheiten und Vorstellungen im modernen Hypothekarkreditgeschäft, soweit sie mit den entwickelten neuen Prinzipien in Zusammenhang stehen, näher untersucht werden.

I. In der modernen Kreditpraxis wird bei den grundpfandrechtlich gesicherten Krediten unterschieden, ob es sich um einen R e a l k r e d i t oder einen (grundpfandrechtlich gesicherten) P e r s o n a l k r e d i t handelt. Hierbei ist zu beachten, dass in der wirtschaftlichen Praxis der Begriff

---

117) Vgl. oben S. 21 ff. und S. 35 ff.

'Realkredit' von vornherein nur bei der Sicherung eines Kredits durch ein Grundpfandrecht gebraucht wird, nicht aber bei anderen "Realien" sicherungen, wie z.B. einem Fahrnispfandrecht. Darüber hinaus fasst aber die Praxis im allgemeinen den Begriff des "Realkredits" noch enger, sie zählt hierzu nur bestimmte typische Formen des grundpfandrechtlich gesicherten Kredits, sie stellt also gegenüber den (echten) Realkredit und sonstige hypothekarisch (oder allgemein grundpfandrechtlich) gesicherte Kredite.[118] Nur in diesem engeren Sinne wird auch in dieser Arbeit der Begriff "Realkredit" gebraucht. Zur Abgrenzung von Real- und (hypothekarisch gesichertem) Personalkredit wird in der Praxis insbesondere das Moment der "Fristigkeit" des Kredits herangezogen:[119] als Realkredite (Immobiliarkredite i.e.S.) gelten die "langfristigen Bodenbeleihungen", während grundpfandrechtlich gesicherte kurz- und mittelfristige Kredite, insbesondere Kontokorrent- und Wechseldiskontkredite, Waren- und Zwischenkredite zu den Personalkrediten gehören.[120]

---

118) So sind z.B. die "Beleihungsgrundsätze für die öffentlichen Sparkassen in Baden-Württemberg" (GABl Bad.-Württ. 1958, S. 139 ff.) eingeteilt in die Abschnitte "Realkredit" (§§ 1 ff.) und "Personalkredit gegen Bestellung von Hypotheken und Grundschulden" (§§ 22 ff.).

119) In der Kreditpraxis wird nicht - wie fälschlicherweise oft behauptet wird - als Unterscheidungsmerkmal darauf abgestellt, "worauf der Gläubiger im Einzelfall sieht", mehr auf das Grundstück oder mehr auf die allgemeinen Vermögensverhältnisse des Schuldners. Dieses Kriterium, das dem rein inneren Willen des Gläubigers Bedeutung zukommen lässt, gilt als zu unsicher für eine Abgrenzung. Vgl. im übrigen zu dieser Frage die Ausführungen unten auf S. 148 ff.

120) Vgl. hierzu auch die Ausführungen über die entsprechende Formulierung in neueren Gesetzen und Verordnungen oben auf Seite 28 mit Anm. 19.

1. Bei den Hypothekarkrediten, die Realkredite in diesem Sinne darstellen, hat sich in der Gegenwart eine ganz verschiedene wirtschaftliche Bewertung der beiden in einem hypothekarischen Rechtsverhältnis vorliegenden Rechte ergeben: dem dinglichen Recht, d e r H y p o t h e k , k o m m t g e g e n ü b e r d e r p e r s ö n l i c h e n F o r d e r u n g d i e w e i t ü b e r w i e g e n d e w i r t s c h a f t l i c h e B e d e u t u n g zu,[121] d.h. das belastete Grundstück hat sich als Haftungsgrundlage ganz in den Vordergrund geschoben, während das sonstige Vermögen des Schuldners wirtschaftlich völlig in den Hintergrund tritt.[122][123] Das kommt heute in der Praxis des Realkredits in folgenden Tatsachen zum Ausdruck:

a) Bei der K r e d i t g e w ä h r u n g wird im allgemeinen heute ausschliesslich auf die Verhältnisse des zu belastenden Grundstücks abgestellt. Ausschlaggebend für die Kreditgewährung ist eine sorgfältige Berechnung des Beleihungswerts des Grundstücks, die sich aus einer Ermittelung des Bau- und Bodenwerts und des Ertragswerts zusammen-

---

121) So insbes. BGH NJW 1952,420; BGHZ 17,94; KG (West) JZ 1951,367; Westermann, a.a.O., § 91 II 1 und § 93 II 2; Gotthardt, DRZ 1946,9; Tietz, NJW 1947/48, 167; Wachs, DRZ 1947,176; Seeger, JR 1951,362; Küchler, a.a.O., S. 88; Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 331; Nussbaum, Hypothekenwesen, a.a.O., S. 46; ders. Geld in Theorie und Praxis, a.a.O., S. 233; Wieacker, Bodenrecht, a.a.O., S. 189; Hagelberg, a.a.O., S. 53; Güthe-Triebel II, a.a.O., S. 1888; Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, a.a.O., § 113 I 1; Asch, a.a.O., S. 1 f.; Schütz, a.a.O., S. 809; Nehlert, a.a.O., S. 10,12; Kruse III, a.a.O., S.1847; Nathan, NJ 1950,302; Merkel, NJW 1956, 1o4; Wolf, NJW 1957,506.

122) Diese unterschiedliche Bewertung von Forderung und Hypothek gilt als so offensichtlich, dass sie neuerdings in der Rechtsprechung häufig zur A b g r e n z u n g von Real- und Personalkredit bei hypothekarisch gesicherten Krediten gebraucht wird, so z.B. vom BGH in NJW 1952,421 und BGHZ 17,94 f.: Realkredit ist danach ein Kredit, bei dem der Wert des belasteten Grundstücks, nicht aber derjenige des sonstigen Schuldnervermögens und die persönliche Kreditwürdigkeit des Schuldners entscheidend ist, Personalkredit dagegen ein Kredit, bei dem die Bestellung der Hypothek nur eine wirtschaftlich untergeordnete Sicherung darstellt. Vgl. aber oben S. 67,Anm.119 und unten S.147 ff.

setzt.[123] Dieses werden regelmässig insbesondere von den Banken und Sparkassen bei den Realkrediten nicht mehr die sonstige Vermögenslage und die persönliche Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers prüfen, es werden also in der Regel - im Gegensatz zu den Personalkrediten - hierzu keine Erkundigungen auch bei Auskunfteien oder Gläubigerschutzvereinigungen eingeholt. Es bedarf eigentlich keines Hinweises, dass selbstverständlich auch heute die Gewährung eines Realkredits nicht erfolgen wird, wenn dem Kreditgeber von vornherein die absolut schlechte Vermögenslage oder fehlende Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers bekannt ist; bemerkenswert bleibt aber, dass, solange solche Tatsachen für die Kreditinstitute nicht notorisch sind, eine besondere Prüfung in dieser Hinsicht unterbleibt.

b) In den Darlehensbedingungen der Hypothekenbanken, Sparkassen und Versicherungsanstalten finden sich regelmässig gewisse **Kontrollrechte zugunsten der Gläubiger.** Wesentlich ist, dass bei den Realkrediten im allgemeinen diese Kontrollrechte ausschliesslich auf das Grundstück bezogen sind, der Kreditgeber hat hiernach z.B. das Recht auf Grundstücksbesichtigung, auf Vorlegung der Prämienquittungen bezüglich der Feuerversicherung, auf Auskunft über Steuern und öffentliche Lasten des Grundstücks. Dagegen fehlen hier in der Regel Kontrollrechte hinsichtlich der allgemeinen Vermögensverhältnisse des Schuldners, z.B. Rechte auf Büchereinsicht, Bilanzabschriften usw., die bei Personalkrediten durchaus üblich sind.[125]

---

123) Diese Bewertung zeigt sich schon in der allgemeinen Ausdrucksweise im Rechtsverkehr, die nur von der Abtretung, Begründung oder dem Erlöschen der "Hypothek" (nicht der "gesicherten Forderung") spricht. - Ebenso geht die Regelung des § 416 BGB auf diesen Sachverhalt zurück. Vgl. hierzu Wieacker, Bodenrecht, a.a.O., S. 189; Schütz, a.a.O., S. 809.

124) Vgl. Obst - Hintner, a.a.O., S. 442; Kruse III, a.a.O., S. 1808.

125) Vgl. Hagelberg, a.a.O., S. 6.

c) Bleibt der Schuldner mit den ihm obliegenden Leistungen im Rückstand und sieht der Hypothekengläubiger ein Vorgehen im Wege der Zwangsvollstreckung für erforderlich an, so äussert sich das regelmässig in der heutigen Praxis des Realkreditgeschäfts nur darin, dass von seiten des Hypothekars ein Antrag auf Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des belasteten Grundstücks gestellt wird. Vor allem die Institutsgläubiger denken in solchen Fällen nicht im entferntesten daran, mit Hilfe eines Titels über die persönliche Forderung eine Vollstreckung in das sonstige Vermögen des Schuldners vornehmen zu lassen.[126] Diese an sich gegebene Möglichkeit gilt im modernen Realkreditgeschäft als viel zu umständlich und unsicher, da die allgemeinen Vermögensverhältnisse des Schuldners dem Kreditgeber weitgehend unbekannt sind, während die sichere Beitreibung aus dem belasteten Grundstück von vornherein für die Kreditgewährung von ausschlaggebender Bedeutung war.

d) Die Geldgeber im Bereich des Realkredits sind heute weitgehend Verwalter fremder Vermögen und insoweit in einer treuhandähnlichen Stellung. Aus diesem Grunde sind sie hinsichtlich der Anlage der fremden Gelder zur grössten Vorsicht verpflichtet und werden hierbei von einer Aufsichtsbehörde kontrolliert.[127] Bezüglich der Kreditgewährung sind sie an detaillierte Vorschriften gebunden, die teils in Gesetzen, teils in Erlassen der Aufsichtsbehörden niedergelegt sind. Es fällt hierbei auf, dass für die Realkredite diese "Beleihungsgrundsätze" fast ausschliesslich auf die Sicherung durch das sonstige Vermögen des Kreditnehmers unberücksichtigt bleibt.[128] Der wesentliche Inhalt dieser Beleihungs-

---

126) Vgl. Kruse III, a.a.O., S. 1844,1846.
127) Vgl. Hagelberg, a.a.O., S.8.
128) Vgl. hierzu §§ 10 ff. HypbankG v.13.7.1899 (RGBl 375); § 25 der Mustersatzung für die Oberamts- und Gemeindesparkassen in Württemberg, herausgegeben vom Württembergischen Sparkassen- und Giroverband, genehmigt durch Erlass des Württ. Innenministeriums vom 5.5.1932, i.Vb.m. §§ 1 ff. der Beleihungsgrundsätze für die öffentlichen Sparkassen in Baden-Württemberg, neugefasst durch Erlass des Innenministeriums vom 29.3.1958 (GABl Bad.-Württ. 1958 S.139 ff.); § 69 Versicherungs-

richtlinien besteht in einer Begrenzung der Kreditgewährung auf eine Wertquote des beliehenen Grundstücks; das bedeutet, dass im allgemeinen die Institute, die sich mit dem Realkreditgeschäft befassen, nur dann, aber auch stets dann g e g e n ü b e r d e r A u f s i c h t s b e h ö r d e g e d e c k t sind, wenn eine einwandfreie, sichere Haftung durch das belastete Grundstück gewährleistet ist, während die Haftung durch das sonstige Vermögen des Schuldners insoweit gleichgültig ist.

2. Diese moderne Entwicklung im Hypothekenwesen, die also dazu geführt hat, dass bei den Realkreditgeschäften fast ausschliesslich dem dinglichen Recht, der Hypothek, wirtschaftliches Interesse beigemessen wird, während die persönliche Forderung als wirtschaftlich bedeutungslos ganz in den Hintergrund tritt, lässt sich auf verschiedene Gründe zurückführen. Sie stehen aber alle mehr oder weniger mit der Tatsache in Zusammenhang, dass die privaten Darlehenshypotheken als Geldanlagen im wesentlichen seit den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts, insbesondere aber seit der Inflation nach dem ersten Weltkrieg sehr selten geworden sind und Realkredite ganz überwiegend nur noch von Kreditinstituten, also besonders von Hypothekenbanken und Landschaften, öffentlichen Sparkassen und Bausparkassen, aber auch Versicherungsgesellschaften, Sterbekassen usw., gewährt werden;[129] der A n s t a l t s k r e d i t hat sich also gegenüber dem P r i v a t k r e d i t auf diesem Gebiet in der Gegenwart fast völlig durchgesetzt.

Im einzelnen sind hierbei folgende Momente von Bedeutung:

---

aufsichtsgesetz vom 6.6.1931 (RGBl I 315), i.Vb. m. §§ 1 ff. der Beleihungsrichtlinien des Bundesaufsichtsamts für Grundstücke und Schiffe vom 1.2.1955 (Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungs- und Bausparwesen 1955 S. 36 ff.).

129) Vgl. insbes. Westermann, a.a.O., § 91 III; Kruse III, a.a.O., S. 1808 ff.; Hedemann, Fortschritte II,1, a.a.O., S. 194 ff.

a) In früheren Zeiten trug der Realkredit als Privatkredit durchaus noch ein persönliches Gepräge. Die beteiligten Privatpersonen standen zumeist schon vor der Kredithingabe in anderweitiger wirtschaftlicher und persönlicher Verbindung miteinander; der Gläubiger besass also eine weitgehende Kenntnis des Schuldners und konnte insoweit nicht nur dessen Grundstück, sondern auch sein sonstiges Vermögen verhältnismässig zutreffend beurteilen.[130] Beim Anstaltskredit fehlt dagegen im allgemeinen diese Kenntnis der allgemeinen Vermögensverhältnisse des Kreditnehmers; sie kann angesichts der grossen Zahl der zu gebenden Kredite, die aber erforderlich ist, um das zur Verfügung stehende Kapital zu "plazieren", nicht mehr von vornherein für die Institute gegeben sein. Eine Ermittlung im Einzelfall über Erkundigungen bei Auskunfteien[131] wäre zwar möglich, aber doch verhältnismässig umständlich und weitgehend unzuverlässig. Demgegenüber lassen sich die Grundstücksverhältnisse im allgemeinen leicht übersehen und sicher taxieren. Es ist also ohne weiteres verständlich, dass für die Gewährung eines Realkredits beim Anstaltskredit neben einer vorsichtigen Grundstücksschätzung eine Personenschätzung für überflüssig gehalten wird.

b) Dazu kommt, dass es sich bei Realkrediten im Gegensatz zu den Personalkrediten um l a n g f r i s t i g e Beleihungen handelt. Die allgemeinen Vermögensverhältnisse können sich aber in der langen Laufzeit des Kredits wesentlich ändern; infolgedessen wäre eine in dieser Richtung vorgenommene Ermittlung in kurzer Zeit wertlos und es müsste dann eine laufende Beobachtung dieser Verhältnisse vorgenommen werden, was

---

130) Vgl. Kruse III, a.a.O., S. 1808; Güthe, a.a.O., S. 28.

131) Die Nachprüfung anhand von Bilanzen kommt deshalb weitgehend nicht in Frage, weil es sich bei den Kreditnehmern im Bereich des Realkredits oft um nicht bilanzpflichtige Personen handelt. Ausserdem erscheinen den Kreditinstituten Grundstückstaxierungen weit zuverlässiger als vom Schuldner selbst erstellte Bilanzen (vgl. Kruse III, a.a.O., S. 1844).

zu erheblichen Mehrkosten führen würde. Der Grundstückswert bleibt dagegen in der Regel auf lange Zeit stetig, die Grundstücksschätzungen behalten also auf lange Zeit ihre Richtigkeit.

c) Diese nur geringen Wertschwankungen, die bei einem Grundstück gegeben sind, sind auch der Grund, weshalb bei den Realkrediten eine etwa erforderliche Vollstreckung von vornherein nur hinsichtlich des Grundstücks in Betracht gezogen wird. Da ausserdem nach den Beleihungsgrundsätzen die Grundstücke nur bis zu einer bestimmten Wertquote beliehen werden dürfen, laufen die Institutsgläubiger trotz diesem einseitigen Abstellen auf das Grundstück praktisch kaum Gefahr, bei der Kredithingabe Verluste zu erleiden.

d) Weil es sich bei den Realkrediten um Massenverhältnisse handelt, sind die Kreditinstitute bestrebt, zur leichteren Handhabung eine weitgehende Vereinheitlichung der Kreditbedingungen zu erreichen. Eine solche Schematisierung lässt sich aber nur hinsichtlich der Grundstücke erreichen, da hier in den meisten Fällen gleiche Voraussetzungen vorliegen, nicht aber hinsichtlich der ganz individuell gestalteten allgemeinen Vermögensverhältnisse der Kreditnehmer. Auch von daher wird die einseitige Orientierung am Grundstück seitens der Gläubiger verständlich.

II. Neben der fast ausschliesslichen Betonung des dinglichen Rechts und des belasteten Grundstücks in der Kreditpraxis hat sich im Wirtschaftsleben überhaupt eine neue Betrachtungsweise bezüglich des Wesens der Hypothek durchgesetzt. Man sieht in ihr - das gilt allerdings nur für die Verkehrshypothek und auch da nur für echte Realkredite - wirtschaftlich n i c h t m e h r e i n P f a n d r e c h t , d.h. in diesem Fall eine zusätzliche Sicherung einer persönlichen Forderung durch bevorzugte Grundstückshaftung, sondern einen Sonderfall der M i t b e r e c h t i g u n g (Eigentumsteilung) am Grundstück.[132) 133)]

---

132) 133) siehe nächste Seite.

132) Vgl. hierzu insbes. Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung, a.a.O., S. 82 f. und Bodenrecht,a.a.O., S. 187; Tietz, NJW 1947/48, 167 f.; Grunz, JR 1948, 128; ausserdem unter Hinweis auf die Aufwertungsrechtsprechung Bruns, MDR 1947,256 und Merkel, NJW 1956, 104.
Auch der BGH anerkennt, dass bei einem echten Realkredit die Hypothek sich "wirtschaftlich gesehen als ein Anteil am Grundbesitz" darstelle (vgl. BGHZ 17,95).

133) Wenn hiergegen eingewendet wird, dass diese wirtschaftliche Betrachtungsweise durch die U m s t e l l u n g s g e s e t z g e b u n g bei der Währungsreform im Jahre 1948 eindeutig abgelehnt worden sei, so kann das doch hier unberücksichtigt bleiben. Es soll nämlich gar nicht behauptet werden, dass die wirtschaftlichen Vorstellungen vom Wesen der Hypothek und vom Verhältnis von Forderung und Hypothek sich in der Gesetzgebung ausnahmslos durchgesetzt hätten. Es sollte nur am Beispiel einiger besonderer Rechtsgebiete gezeigt werden, dass immerhin die Tendenz besteht, den wirtschaftlichen Anschauungen auch bei der rechtlichen Beurteilung mehr und mehr Rechnung zu tragen. Wie unten (vgl. die Ausführungen im 3. Teil) noch näher ausgeführt wird, besteht schon ganz grundsätzlich, jedenfalls wenn man von der herrschenden Akzessorietätslehre ausgeht, eine Diskrepanz zwischen wirtschaftlichen und rechtlichen Vorstellungen, und es ist nur die Frage, ob diese nicht durch eine neuartige rechtliche Betrachtungsweise beseitigt werden könnte.
Im übrigen ist zu dem Einwand folgendes zu sagen:
1. aus der Tatsache, dass nach der 40. DVO zum UmstG (Bundesanz. 1949 Nr. 11 S. 3) für die Umstellung der Grundpfandrechte grundsätzlich an die Umstellung der Forderung angeknüpft wurde und diese also, entgegen der wirtschaftlichen Bewertung, dabei im Vordergrund steht, kann nichts entnommen werden. Es ergibt sich nämlich klar aus der Begründung zur 40. DVO (Bundesanz. a.a.O. S. 4), dass eine eigenständige Umstellung der Hypotheken (als dingliche Rechte) im Verhältnis 1 : 1 durchaus in Erwägung gezogen wurde. Ausschlaggebend für die schliesslich getroffene Regelung einer Umstellung im Verhältnis 10 : 1 entsprechend der Umstellung der Forderung war danach nur der rein praktische Gesichtspunkt, dass "andernfalls das schon seit dem 1.7.1948 in Kraft befindliche Gesetz zur Sicherung von Forderungen für den Lastenausgleich (WiGBl 1948,87) aufgehoben oder grundlegend geändert werden müsste".
2. Zwar behielt der Hypothekar nach der Umstellungsgesetzgebung grundsätzlich nur 10% des Kapitalwerts seines Rechts, obwohl der Wert des belasteten Grundstücks im wesentlichen unverändert geblieben war. Das spricht aber nicht gegen die wirtschaftliche Vorstellung einer Wertgemeinschaft von Hypothekar und Grundstückseigentümer hinsichtlich des Grundstücks; denn

1. Diese Vorstellung zeigt sich schon im allgemeinen Sprachgebrauch, nach dem ein überlastetes Grundstück den Hypothekengläubigern "gehört" und wonach der Eigentümer gewissermassen dann nur "Verwalter" für die Hypothekengläubiger ist.[134] Dass aber die Hypothek tatsächlich wirtschaftlich eine Eigentumsteilung bedeutet, kommt auch im Gesetz selbst in der Beteiligung des Hypothekars an der Versicherungssumme und an einer etwaigen Enteignungsentschädigung und in den ihm zustehenden Eingriffsrechten bei Missverwaltung (Devastationsklage) zum Ausdruck. Zwar bezieht sich bei der Hypothek die Beteiligung des Gläubigers am Grundstück nicht auf die natürliche Bodensubstanz, sondern nur auf den Kapitalwert des Grundstücks.[135]

---

diese Vorstellung kann, wenn überhaupt, nur insoweit rechtlich Berücksichtigung finden, als es sich um Fragen handelt, die ausschliesslich das private Verhältnis zwischen dem einzelnen Hypothekar und Grundstückseigentümer betreffen und ein Ausgleich nur ihrer Interessen zur Diskussion steht. Keinesfalls kann jedoch der Hypothekar gegenüber staatlichen, aus öffentlichen, z.B. währungs- und geldpolitischen Gesichtspunkten erfolgenden Eingriffen in sein Recht sich auf die Wertgemeinschaft mit dem Grundstückseigentümer berufen. - Andererseits kam auch bei der Währungsreform durch die Lastenausgleichsgesetzgebung gerade der Gedanke einer "Eigentumsteilung" bezüglich des Grundstücks wieder zum Ausdruck, da neben dem auf 1/10 reduzierten Gläubigeranteil durch die Schaffung der Umstellungsgrundschulden und der öffentlichen Last der Hypothekengewinnabgabe ein neuer Gläubigeranteil in Höhe von 9/10 des ursprünglichen Betrags der Hypothek entstand und auf diese Weise die ursprüngliche "Grundstücksaufteilung" wiederhergestellt wurde (allerdings unter Hinzutritt eines neuen, öffentlichen Gläubigers).

134) Vgl. Nussbaum, Hypothekenwesen, a.a.O., S. 196.

135) Vgl. Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung, a.a.O., S. 83; ders. Bodenrecht, a.a.O., S. 187.

2. Den reinsten Typus einer mobilisierten Wertparzelle stellt die isolierte[136] Briefgrundschuld dar. Der Wert des Grundstücks wird bei ihrer Bestellung gewissermassen in Portionen aufgeteilt und dem Gläubiger eine bestimmte Wertportion zugewiesen. Durch ihre aussergewöhnliche Umlaufsfähigkeit und durch das Fehlen jeder konkreten zweckgebundenen Belastung (durch ihren mangelnden Pfandrechtscharakter) ist sie - wirtschaftlich gesehen - tatsächlich ein mobilisierter Grundstücksteil.[137] Aber auch bei der Verkehrshypothek, die in der Regel als Briefhypothek ausgestaltet ist, ist durch die Einbeziehung der Forderung in das Verkehrssystem des gutgläubigen Hypothekenerwerbs (vgl. § 1138 BGB) und durch die Aufhebung des Verbuchungszwanges und die Verbriefung des Wertanteils in einem frei beweglichen Papier ein Funktionswandel dahingehend eingetreten, dass der Pfandcharakter im Sinne einer konkreten zweckgebundenen Belastung ganz zurücktritt und wirtschaftlich die Mobilisierung eines Grundstücksteils im Vordergrund steht. Damit ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Briefhypothek der Briefgrundschuld, die kein Pfandrecht ist, fast ganz angenähert.[138]

In diesem Zusammenhang ist eine andere wirtschaftliche Erscheinung wichtig. Die Aufnahme einer Hypothek kann in der Regel nicht mehr als Zeichen einer wirtschaftlichen Schwäche des Kreditnehmers ausgedeutet werden; es handelt sich nicht darum, dass der Personalkredit des Schuldners nicht ausreicht,[139] dass also - wie es meist beim Fahrnispfandrecht

---

136) Unter "isolierter" Grundschuld wird hier verstanden, dass dem Inhaber der Grundschuld im Unterschied zu einer "Sicherungsgrundschuld" überhaupt kein persönlicher, schuldrechtlicher Anspruch zusteht. Vgl. auch Westermann, a.a.O., § 114 I.

137) Vgl. Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung, a.a.O., S. 82; Hedemann, Fortschritte II,1, a.a.O., S. 94.

138) Vgl. Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung, a.a.O., S. 82 f.

139) Vgl. Güthe, a.a.O., S. 38; Güthe-Triebel II, a.a.O., S. 1888; Cosack-Mitteis, a.a.O., § 74 II 1.

der Fall ist - der Gläubiger deshalb eine "reale" Sicherung verlangt, weil ihm die Einbringlichkeit der persönlichen Forderung zweifelhaft erscheint. Ganz im Gegensatz dazu sucht beim modernen Realkredit das vorhandene Kapital von vornherein eine sichere, langfristige Anlage im Grundstücksbereich, die Hypothekenbestellung ist insoweit - wirtschaftlich gesehen - viel weniger Sicherung einer "unsicheren" Forderung, sondern vielmehr von vornherein "Kauf einer Sicherheit"[140] und in dieser Beziehung als Kapitalanlagegeschäft vergleichbar mit dem Kauf einer Aktie oder einer Obligation. Ein konkreter Pfandcharakter der Hypothek findet sich nur noch im Bereich des "Geldmarkts", nicht mehr aber auf dem Gebiet des "Kapitalmarkts". Die persönliche Forderung bleibt bei der Hypothek in diesem letzteren Bereich ganz im Hintergrund. Auch hier zeigt sich wieder die weitgehende Aehnlichkeit mit einer isolierten Grundschuld. Ein Grundstückseigentümer kann sich auch Kapital verschaffen durch "Verkauf" einer isolierten Grundschuld, ein Pfandrecht oder überhaupt eine "Sicherung" einer persönlichen Forderung liegt dann auch juristisch gesehen nicht vor; in wirtschaftlicher Sicht kommt aber heute die Bestellung einer Verkehrshypothek - eben als "Kauf eines dinglichen Rechts" - diesem Fall fast völlig gleich; die Pfandrechtsstruktur ist, zumindest wirtschaftlich, nicht mehr gegeben,[141] es handelt sich um eine reine "Grundstücksbeleihung".

---

140) Hierbei ist zu beachten, dass die "Sicherheit", die erworben wird, heute praktisch - wie oben S. 68 ff. unter I 1 ausgeführt wurde - nur in dem dinglichen Recht, in der Hypothek, gesehen wird. - Wenn hier vom "Kauf einer Sicherheit" gesprochen wird, soll das allerdings nur ein wirtschaftliches Bild darstellen, nicht aber sollen hieraus unmittelbar rechtliche Konsequenzen - etwa i.S. der Ausführungen von Gotthardt, DRZ 1946,9 ff.- gezogen werden.

141) Vgl. Wieacker, Bodenrecht, a.a.O., S. 231 f.; ders., Wandlungen der Eigentumsverfassung, a.a.O., S. 83.

3. Die wirtschaftliche Deutung der Hypothek als eines Falles der Mitberechtigung (Eigentumsteilung) am Grundstück und der Hypothekenbestellung als des Erwerbs eines Wertanteils am Grundeigentum beruht auf einer der Wirtschaft eigenen Beurteilungsweise, die ganz verschieden ist von der üblichen juristischen Betrachtungsweise.

a) Die normale juristische Betrachtungsweise besteht in einer "Strukturbetrachtung".[142] Danach ist das Eigentum und die Hypothek als beschränktes dingliches Recht ein begrifflicher Gegensatz. Durch die Entstehung oder den Untergang eines beschränkten dinglichen Rechts wird der Begriff des Eigentums in keiner Weise berührt. Zwischen Eigentum und Hypothek besteht insoweit ein "Qualitätsunterschied".[143]

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist dagegen stets "Funktionsbetrachtung". Sie stellt nicht auf die Struktur, sondern auf den wirtschaftlichen Wert, auf den Interessengehalt der Rechte ab. In dieser Sicht bleibt durch die Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts hinsichtlich des Eigentums nicht "alles beim alten", denn das konkrete Eigentum ist ein genau bestimmter und begrenzter wirtschaftlicher Wert und Interessengehalt. Durch die Bestellung der Hypothek verliert der Eigentümer des Grundstücks ein bestimmtes wirtschaftliches Wertquantum, eben denjenigen Interessengehalt, der dem Hypothekar zugeteilt wird.[144] Insoweit be-

---

142) Vgl. hierzu die eingehenden Ausführungen bei Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 79 ff. Heck spricht hier von einer doppelten Betrachtungsweise des Rechts, die der Wissenschaft obliege, nämlich eine "Strukturbetrachtung" und eine "Funktionsbetrachtung". Diese Gedanken lassen sich hier auch zur Verdeutlichung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise heranziehen, da diese jedenfalls immer "Funktionsbetrachtung" im Sinne Hecks darstellt.

143) Vgl. Heck a.a.O.

144) Hinsichtlich der Bemessung dieses Interessengehalts bezüglich des Grundstücks, der dem Hypothekar zugewiesen wird, ist wieder zu berücksichtigen, dass heute das hypothekarische Rechtsverhältnis bei einem Realkredit wirtschaftlich einseitig am Grundstück orientiert ist (vgl. oben die Ausführungen S.68 ff. unter I 1).

steht dann tatsächlich eine Teilung des Grundeigentums und andererseits liegt unter diesem Aspekt eine gewisse "Qualitätsgleichheit" von Eigentum und Hypothek vor.[145]

b) Eine solche Aufteilung des wirtschaftlichen Werts und Interessengehalts ist auch dann gegeben, wenn mehrere Personen Miteigentümer einer Sache sind.[146] Ob - wirtschaftlich gesehen - ein Vergleich mit diesem Fall bezüglich des Verhältnisses von dinglich Berechtigtem und Grundeigentümer möglich und angebracht ist, muss nach dem Grad, nach der Höhe der Zuweisung an wirtschaftlichen Interessen zugunsten des dinglich Berechtigten entschieden werden. Die Stellung des Hypothekars im Bereich des modernen Realkredits unterscheidet sich nun aber kaum mehr von derjenigen eines Miteigentümers. Der Hypothekar hat den vollen wirtschaftlichen Funktionswert eines "Grundstücksteils" inne[147] und ist lediglich im Unterschied zum Miteigentümer nicht befugt zu natürlichem bestimmungsgemässen Verfahren mit dem Grundstück, also zum Bepflanzen, Ernten, Bewohnen, Vermieten und Verpachten, kann hierzu aber auch nicht verpflichtet werden.[148] Es kann daher mit Recht bei wirtschaftlicher Betrachtung im Verhältnis von Grundeigentümer und Hypothekar von einer Wertgemeinschaft, Mitberechtigung oder Eigentumsteilung hinsichtlich des belasteten Grundstücks gesprochen werden, der Hypothekar gilt wirtschaftlich als am Grundstück "beteiligt".[149] [150]

---

145) Vgl. hierzu Heck a.a.O.
146) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S.81.
147) Vgl. oben S. 75 f.
148) Vgl. Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung, a.a.O., S. 83.
149) Zur Vermeidung von Missverständnissen sei hier besonders darauf hingewiesen, dass die Begriffe "Gemeinschaft", "Beteiligung" usw. hier nur in wirtschaftlichem Sinne gebraucht werden, dass aber damit noch keine rechtliche Qualifizierung mit entsprechenden rechtlichen Konsequenzen vorgenommen werden soll. Es wird hier also auch nicht Stellung genommen zu gewissen, von manchen Autoren angewandten R e c h t s konstruktionen, wie etwa einer Interessen- und Gefahrengemeinschaft zwischen Hypothekar und Grundstückseigentümer (vgl. hierzu unten S. 168, Anm. 104). Es geht hier nur um eine w i r t s c h a f t l i c h e Charakterisierung der Hypothek.

c) Hiergegen wird oft eingewendet,[151] von einer "Beteiligung" des Hypothekars am Grundstück könne man schon deshalb nicht reden, weil bei einer Hypothek der Grundeigentümer al-

---

150) Häufig wird im Bereich des Realkredits der Kredit unmittelbar für das belastete Grundstück selbst verwendet, insbesondere um es zu bebauen oder zu meliorieren (vgl. Güthe, a.a.O., S. 38; Cosack-Mitteis, a.a.O., § 74 II 1 b; Mot. III 599). In diesen Fällen könnte noch ein anderer Gedanke herangezogen werden, um in wirtschaftlichem Sinne von einer "Beteiligung" des Hypothekars am belasteten Grundstück zu sprechen: wurde der Kredit nämlich auf das belastete Grundstück verwendet, so hat der Hypothekengläubiger in gewissem Sinne Kapital im belasteten Grundstück "i n v e s t i e r t", und es besteht insoweit schon wirtschaftlich eine Beteiligung des Gläubigers bzw. eine Wertgemeinschaft zwischen Gläubiger und Grundstückseigentümer.
Diese Erwägung wird bei genauer Ueberprüfung, von der Kreditpraxis her gesehen, nicht gerechtfertigt. Den Gläubigern auf dem Gebiet des Realkredits ist es nämlich grundsätzlich gleichgültig, ob der gewährte Kredit auf das belastete Grundstück selbst verwendet wird, wesentlich für sie ist nur, dass der Kredit durch irgendein Grundstück zuverlässig gesichert ist. Zwar erfolgt bei den Baukrediten die Auszahlung des Kredits in der Regel teilweise je nach dem Fortschreiten des Baues, das hängt aber nur damit zusammen, dass hier überhaupt erst jeweils die Kreditunterlage geschaffen werden muss. Baukredite werden aber auch in der Weise gewährt, dass zur Erstellung eines Neubaues auf einem Grundstück der Kreditnehmer an einem andern ihm gehörigen, schon bebauten Grundstück eine Hypothek bestellt. Der Kredit wird in einem solchen Fall also nicht auf das belastete, sondern auf ein anderes Grundstück verwendet, der Gläubiger "investiert" hier also sein Kapital nicht im belasteten Grundstück. Dennoch liegt hier ein Realkredit im üblichen Sinne vor, bei dem die Kredithingabe ausschliesslich am belasteten Grundstück (nur dessen Verhältnisse sind für die Kreditgewährung ausschlaggebend) orientiert ist. Der "Investierungsgedanke" ist also letztlich nicht befriedigend; um zu einer einheitlichen Erklärung für alle Fälle des Realkredits, für alle "langfristigen Bodenbeleihungen", zu kommen, muss also doch auf den oben im laufenden Text dargestellten "Teilungsgedanken" zurückgegriffen werden, d.h. es wird bei jedem Realkredit, gleichgültig ob der Kredit auf das belastete Grundstück verwendet wird oder nicht, dem Hypothekar ein bestimmtes Interessenquantum hinsichtlich des belasteten Grundstücks zugewiesen, er erhält in jedem Fall den vollen wirtschaftlichen Funktionswert eines "Grundstücksteils" (vgl. oben S. 75/76).

151) Vgl. für viele Boehmer, 8. Beiheft der DRZ 1949, S. 17.

lein das Ertragsrisiko tragen müsse, der Hypothekengläubiger sei weder am wechselnden Gewinn noch am etwaigen Verlust beteiligt, sondern es sei zu seinen Gunsten eine feste Verzinsung gegeben. Diese Argumentation geht von vornherein fehl.

Es wird hierbei überhaupt übersehen, dass nach der h.M. selbst bei einer offenen Handelsgesellschaft (§§ 105 ff.HGB) deren Bestand nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass ein Geschäftsteilhaber eine fest bestimmte Geldsumme erhält und im übrigen weder am Gewinn noch am Verlust teilnimmt.[152] In ähnlicher Weise ist es bei einer offenen Handelsgesellschaft auch durchaus möglich, durch Gesellschaftsvertrag etwa eine feste Verzinsung der Kapitalanteile der Gesellschafter, auch wenn kein Gewinn erzielt wird, zu vereinbaren; diese Regelung sah sogar das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 kraft Gesetzes vor.[153] Es kann also keinesfalls aus der festen Verzinsung bei der Hypothek, die vom wechselnden Ertrag des Grundstücks grundsätzlich unabhängig ist, hergeleitet werden, dass damit der Gebrauch des wirtschaftlichen Begriffs einer "Beteiligung" sich verbiete; denn wenn schon diese Tatsache den rechtlichen Begriff einer "Beteiligung" nicht entgegensteht, kann das noch weniger bei einer entsprechenden wirtschaftlichen Begriffsbildung,[154] die im allgemeinen weniger präzise zu sein braucht, der Fall sein.

Eine feste Verzinsung ist ausserdem bei Grundstücken besonders zweckmässig. Der Ertrag städtischer wie landwirtschaftlicher Grundstücke ist im allgemeinen, etwa im Unterschied zu industriellen oder sonstigen gewerblichen Unternehmen, verhältnismässig stetig, so dass auch jede Gewinnbeteiligung

---

152) Vgl. RGZ 90,14 ff.(17); RG JW 1915,1428; Schlegelberger-Geßler, § 105 Anm. 6; Düringer-Hachenburg § 105, Anm. 2; Hueck, a.a.O., S. 22; anders allerdings Staub-Pinner, § 105 Anm. 4.

153) Vgl. hierzu Hueck, a.a.O., S. 69.

154) Vgl. bezüglich der Verwendung des Begriffs einer "Beteiligung" im Wirtschaftsleben z.B. Terhalle im Handwörterbuch der Staatswissenschaften V, S.319, der davon spricht, dass die Hypothek auf dem Gebiet des städtischen Wohnungswesens dem Anlagekredit diene und dabei "die vorherrschende Form der 'Beteiligung' des Kapitals am Wohnhausbesitz" darstelle.

praktisch einer festen Verzinsung gleichkommen würde, wobei letztere in ihrer Handhabung aber weit einfacher ist.[155]

Darüber hinaus ist aber zu dem Einwand, der Hypothekar sei von jedem Ertragsrisiko bezüglich des Grundstücks freigestellt, zu bemerken, dass ja gerade, wie oben dargestellt wurde,[156] auf bestimmten Rechtsgebieten dieser Grundsatz nicht mehr uneingeschränkt anerkannt wird. Zwar trägt danach der Grundeigentümer weiterhin das "normale" Ertragsrisiko, bei grundlegenden Veränderungen aber hinsichtlich des Bodenertrags (ebenso hinsichtlich der Bodensubstanz) wird auch der Hypothekar mitbetroffen.

III. Zusammenfassend ergibt sich bisher folgendes:

Die schon bei der Entscheidung einzelner aktueller Fragen auf besonderen Rechtsgebieten getroffenen Feststellungen,[157] wonach heute bei echten Realkrediten der Hypothek und dem belasteten Grundstück die ganz überwiegende Bedeutung gegenüber der persönlichen Forderung zukommt und wonach zwischen Hypothekar und Grundstückseigentümer eine Wertgemeinschaft hinsichtlich des Grundstücks besteht, können ganz allgemein für das gesamte Hypothekenwesen bestätigt werden. Es handelt sich hierbei aber unmittelbar nur um eine w i r t - s c h a f t l i c h e , nicht dagegen eine rechtliche Charakterisierung von Hypothek und Forderung.

Vorläufig soll hier also nur festgehalten werden, dass zur Charakterisierung des w i r t s c h a f t l i c h e n W e s e n s eines hypothekarischen Rechtsverhältnisses im modernen Hypothekenwesen zwei Momente herangezogen werden müssen:

---

155) Vgl. Hagelberg, a.a.O., S. 5.
156) Vgl. die Ausführungen oben im 1. Abschnitt (S. 20 ff.), insbes. hinsichtlich des Problems der Ruinenhypotheken, der Vertragshilfegesetzgebung und der ostzonalen Enteignungen.
157) Vgl. die Darstellung oben im 1. Abschnitt (S. 20 ff.).

1. Die Hypothek, also das dingliche Recht, hat die fast ausschliessliche, ja die alleinige Bedeutung erlangt. Die persönliche Forderung tritt wirtschaftlich ganz in den Hintergrund.[158] Die Beziehungen zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer sind im wesentlichen nur am Grundstück orientiert.

2. In der Bestellung einer Hypothek wird wirtschaftlich nicht mehr die Sicherung einer Forderung gesehen, sondern es liegt darin für den Gläubiger der Erwerb eines Wertanteils am Grundeigentum. Die Pfandrechtsstruktur ist wirtschaftlich nicht mehr gegeben, hinsichtlich des Grundstücks besteht zwischen Hypothekar und Grundstückseigentümer eine Mitberechtigung (Eigentumsteilung), eine Wertgemeinschaft.

Diese Bestimmung des wirtschaftlichen Wesens gilt aber nur für die Verkehrshypothek[159] und auch da nur, soweit es sich um einen echten Realkredit handelt, d.h. - im Anschluss an die Definition dieses Begriffs in der Kreditpraxis -[160]

---

158) Es ist zu erwähnen, dass die Bewertung im Wirtschaftsleben bei einem durch ein Mobiliarpfandrecht gesicherten Kredit umgekehrt ist. Hier stehen die persönliche Forderung und damit die Person und die allgemeinen Vermögensverhältnisse des Schuldners im Vordergrund, während das dingliche Recht mehr eine "Zutat" zur persönlichen Forderung darstellt (vgl. Wolff-Raiser, a.a.O., § 130 II 2 und Nussbaum, Hypothekenwesen, a.a.O., S. 46). Es handelt sich hier grundsätzlich um (dinglich gesicherten) Personalkredit; das kommt auch zum Ausdruck z.B. in den Mustersatzungen der Sparkassen, die einen mobiliarpfandrechtlich gesicherten Kredit nie als Realkredit, sondern nur als sog. "gedeckten Personalkredit" bezeichnen (vgl. § 26 der Mustersatzung für die Oberamts- und Gemeindesparkassen in Württemberg, s.o. S. 70, Anm. 128).

159) Sie gilt aber sowohl für den Fall der Identität als auch für den der Verschiedenheit von persönlichem Schuldner und Grundstückseigentümer. Auch in dem letzteren Fall sind in der Kreditpraxis die oben unter I und II dargestellten wirtschaftlichen Erscheinungen zu beobachten.

160) Vgl. oben S. 66 f. und S. 67,Anm. 120.

es muss ein Rechtsgeschäft vorliegen, "bei dem eine langfristige Bodenbeleihung beabsichtigt ist".

IV. Es ist in diesem Zusammenhang noch zu untersuchen, ob die moderne wirtschaftliche Charakterisierung eines hypothekarischen Rechtsverhältnisses auch bestimmte wirtschaftliche Aspekte zeitigt für die Frage, ob nicht auch Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung, also eine "umgekehrte" Abhängigkeit, nämlich der Forderung vom dinglichen Recht, anzuerkennen seien. Solche Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung sind in neuerer Zeit, gerade unter Hinweis auf die wirtschaftliche Entwicklung im Hypothekenwesen, bei aktuellen E i n z e l f r a g e n auf besonderen Rechtsgebieten angenommen werden (vgl. die Darstellung im vorigen Abschnitt); es ist aber jetzt zu prüfen, ob das wirtschaftliche Wesen von Hypothek und Forderung nicht ganz a l l g e m e i n , d.h. über die genannten Einzelprobleme hinaus, Rückwirkungen von der Hypothek auf die persönliche Forderung nahelegt.[161]

1. Die moderne wirtschaftliche Vorstellung vom Wesen und Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung drängt notwendigerweise für den Bereich des e c h t e n R e a l k r e d i t s zur Anerkennung gewisser Rückwirkungen vom dinglichen Bereich auf die persönliche Forderung.

a) In wirtschaftlicher Sicht ist - wie dargestellt wurde - bei den Realkrediten die H y p o t h e k d a s d u r c h a u s d o m i n i e r e n d e R e c h t , die persönliche Forderung dagegen ein nebensächliches "Anhängsel". Fällt nun durch irgendwelche Ereignisse, die unmittelbar nur im

---

161) Obwohl die Frage der Rückwirkungen von Ereignissen, die bei der Hypothek eintreten, auf die persönliche Forderung bisher nur im Zusammenhang mit aktuellen hypothekenrechtlichen Sonderproblemen aufgetreten ist, handelt es sich doch dabei um ein allgemeines hypothekenrechtliches Problem. Vgl. unten S. 96 ff.

dinglichen Bereich eingreifen, die Hypothek weg, oder allgemeiner, wird ihre Geltendmachung für den Gläubiger unmöglich, dann erscheint es bei wirtschaftlicher Betrachtung angemessen, dasselbe Schicksal auch für die persönliche Forderung anzunehmen. Es wäre sinnwidrig, wenn die persönliche Forderung, die bisher kaum beachtet wurde, das Hauptrecht in diesen Fällen überleben und seinen Verlust ganz ausgleichen würde.[162)]

Das hypothekarische Rechtsverhältnis ist bei den Realkrediten von vornherein nur am Grundstück orientiert, der Hypothekengläubiger hat sein Risiko ausschliesslich auf das Grundstück abgestellt. Dieses bildet also, wirtschaftlich gesehen, die Grundlage des ganzen Geschäfts. Solange nun diese Grundlage ihrem Bestande nach erhalten bleibt (auf gewisse Veränderungen des Werts kommt es hier nicht an), mag der Gläubiger, je nachdem er es für zweckmässig hält, wahlweise die Hypothek oder die persönliche Forderung geltend machen. Fällt aber die wirtschaftliche Basis des ganzen Rechtsverhältnisses, nämlich das Grundstück bzw. die Hypothek als das Recht, das die massgebende Beziehung zu ihm herstellt, weg, dann erscheint es, angesichts der modernen wirtschaftlichen Entwicklung, nicht gerechtfertigt, wenn der Gläubiger nun auf einmal auf die persönliche Forderung "ausweichen" könnte. In wirtschaftlicher Sicht handelt es sich - wie erwähnt[163)] - bei der Hypothekenbestellung im wesentlichen um den "Kauf einer dinglichen Sicherheit", die zu vergleichen ist mit einer Kapitalanlage in Form des Kaufs einer isolierten Grundschuld. Fällt bei einer solchen isolierten Grundschuld das Grundstück oder die Grundschuld selbst weg, so ist für den Gläubiger jede Möglichkeit eines Vorgehens aus diesem Rechtsverhältnis gegen den Schuldner eindeutig ausgeschlossen. Das entsprechende Ergebnis erscheint aber bei wirtschaftlicher Betrachtung für ein hypothekarisches Rechtsverhältnis als angemessen.

---

162) Vgl. insbesondere Tietz, NJW 1947/48,168; Seeger, JR 1951,362.
163) Vgl. oben S. 76 f.

b) Auch die Berücksichtigung des anderen Wesenselementes, dass nämlich in wirtschaftlicher Vorstellung durch die Bestellung der Hypothek bei den Realkrediten eine Wertgemeinschaft zwischen Hypothekar und Grundstückseigentümer bezüglich des Grundstücks entsteht, dass also das wirtschaftliche Charakteristikum eines hypothekarischen Rechtsverhältnisses die "Beteiligung" des Gläubigers am Grundeigentum ist, legt eine Rückwirkung von Ereignissen im dinglichen Bereich auf die persönliche Forderung nahe.

Zwar trägt der Gläubiger nicht das normale Ertragsrisiko hinsichtlich des Grundstücks; fällt aber das Grundstück ganz weg (durch Untergang, entschädigungslose Enteignung), so ist es wirtschaftlich auch folgerichtig, dass dem Gläubiger seine "Beteiligung" daran verloren geht einschliesslich des blossen "Anhängsels" der persönlichen Forderung. Ebenso wäre es in dieser Sicht ungerechtfertigt, wenn ein Gläubiger, dem die Hypothek, also das Recht, das gerade diese "Beteiligung" am Grundeigentum verkörpert, entzogen wird, dennoch die persönliche Forderung geltend machen könnte, die doch nur ein nebensächliches Accessorium eben dieser verlorengegangenen "Beteiligung" darstellt.

2. Ganz anders ist die wirtschaftliche Situation bei hypothekarisch gesicherten Personalkrediten. Da hier von vornherein die allgemeinen Vermögensverhältnisse und die persönliche Kreditwürdigkeit des Schuldners für die Kreditgewährung massgebend sind und die Hypothek nur eine wirtschaftlich untergeordnete Sicherung bedeutet, wäre bei einem Wegfall der Hypothek oder des Grundstücks eine entsprechende Rückwirkung auf die persönliche Forderung ein wirtschaftlich nicht angemessenes Ergebnis. Hier ist, auch wirtschaftlich gesehen, die Pfandrechtsstruktur der Hypothek erhalten geblieben und es wäre wirtschaftlich unangebracht, wenn der Wegfall eines blossen zusätzlichen Sicherungsrechts den Bestand der persönlichen Forderung berühren würde.

3. Häufig wird gegen jede Anerkennung einer Rückwirkung des Wegfalls der Hypothek oder des Grundstücks auf die persönliche Forderung eingewendet,[164] dass der vorsichtige Gläubiger, der sich zusätzlich zu seiner Forderung eine Hypothek bestellen liess, nicht schlechter gestellt werden dürfe als der Gläubiger einer ungesicherten Forderung.

Diese Einwendung ist nicht stichhaltig. Es wird hierbei völlig das Wesen des modernen R e a l k r e d i t s verkannt. Wer einen Hypothekarkredit als Realkredit gewährt, geht kein besseres und kein schlechteres, sondern ein anderes, dem reinen Personalkredit, der beim Erwerb einer ungesicherten Forderung vorliegt, nicht unmittelbar vergleichbares Risiko ein,[165] es liegt hinsichtlich der Sicherung des Gläubigers nicht ein "maius", sondern ein "aliud" vor. Der Realkreditgeber stellt im modernen Wirtschaftsleben sein (normalerweise geringeres) Risiko ausschliesslich auf das Grundstück ab[166] und es ist daher wirtschaftlich angemessen, wenn er durch Ereignisse im dinglichen Bereich mitbetroffen wird. Der Personalkreditgeber stellt sein Risiko dagegen primär auf das allgemeine Vermögen des Schuldners ab, was dazu führt, dass die Bonität seiner Forderung sich jeweils nach dem Stand dieses Gesamtvermögens bemisst. Da sich beide in einer völlig verschiedenen wirtschaftlichen Position befinden, ist es durchaus gerechtfertigt, dass der Hypothekengläubiger (als Realkreditgeber) gelegentlich schlechter gestellt sein kann als der Gläubiger einer ungesicherten Forderung.[167]

---

164) Vgl. insbes.(hinsichtlich der Frage einer solchen Rückwirkung bei den "Ruinenhypotheken") Weber, DRZ 1949,145; Boehmer, a.a.O., S. 16; (hinsichtlich einer Rückwirkung angesichts der ostzonalen Enteignungen) Palandt - Lauterbach, Vorbem. 14 g) ee) vor Art. 7 EGBGB; Strich, a.a.O., S. 191; Ficker, a.a.O., S. 119; - LG Lüneburg MDR 1951,430; LG Hamburg NJW 1957,505.

165) Vgl. Seeger, JR 1951,362; Wolf, NJW 1957,506.

166) Vgl. Wolf a.a.O.

167) So insbesondere BGHZ 17,96; BGH NJW 1952,421; Beitzke, JR 1951,708; Tietz, NJW 1947/48,168; Seeger a.a.O.; Wolf a.a.O.

Anders verhält es sich dagegen bei einem hypothekarisch gesicherten P e r s o n a l k r e d i t . Hier hat sich der Hypothekengläubiger gegenüber dem Gläubiger einer ungesicherten Forderung auch in wirtschaftlicher Sicht ein "Mehr" an Sicherung verschafft, es liegt hier noch ein echtes Pfandrecht vor und es wäre in diesem Falle unbefriedigendes Ergebnis, wenn insoweit der Gläubiger einer gesicherten Forderung schlechter gestellt sein könnte als der Gläubiger einer ungesicherten Forderung. Daher ist in diesem Fall, auch von der wirtschaftlichen Betrachtung her, eine Rückwirkung von Ereignissen im dinglichen Bereich auf die persönliche Forderung abzulehnen.

4. Es lässt sich also feststellen, dass die moderne Entwicklung im Hypothekenwesen für die echten Realkredite auf eine A n e r k e n n u n g v o n R ü c k w i r k u n g e n a u c h v o n d e r H y p o t h e k a u f d i e p e r s ö n l i c h e F o r d e r u n g drängt und zwar in der Weise, dass bei Wegfall der Hypothek[168)] oder des belasteten Grundstücks (ohne gleichzeitigen Wegfall der persönlichen Forderung) für den Gläubiger auch die Geltendmachung der persönlichen Forderung ausgeschlossen sein soll. Das bedeutet vorläufig aber nur, dass eine derartige Abhängigkeit auch der persönlichen Forderung von der Hypothek der modernen w i r t s c h a f t l i c h e n Gestaltung des Hypothekenwesens entsprechen und die heutigen wirtschaftlichen Vorstellungen berücksichtigen würde. Die entscheidende Frage, die im folgenden zu klären sein wird, ist aber, ob sich bestimmte konkrete Gesetzesnormen finden lassen,

---

168) Unter "W e g f a l l d e r H y p o t h e k" werden in dieser Arbeit alle Fälle verstanden, in denen die Hypothek dem Gläubiger verlorengeht, d.h. ihre Geltendmachung für ihn unmöglich wird, gleichgültig, ob sie hierbei als dingliches Recht untergeht, sich in eine Eigentümergrundschuld verwandelt oder auf einen neuen Gläubiger übergeht.

mit denen diese wirtschaftlich angemessene Lösung auch r e c h t l i c h durchgesetzt werden kann. Wie oben gezeigt wurde,[169] wurde zwar auf besonderen Rechtsgebieten bei aktuellen Einzelfragen versucht, diese wirtschaftlichen Anschauungen auch bei der rechtlichen Würdigung heranzuziehen; es bleibt aber zu untersuchen, einmal, ob den dort von der Rechtsprechung und dem Schrifttum vorgeschlagenen rechtlichen Lösungen zugestimmt werden kann, und zum anderen, ob sich nicht die wirtschaftlichen Vorstellungen und Forderungen g a n z a l l g e m e i n , d.h. über die oben im ersten Abschnitt dargestellten Entscheidungen aktueller Einzelfragen hinaus, rechtlich verwirklichen lassen.

---

169) Vgl. die Ausführungen oben im 1. Abschnitt (S.20 ff.).

3. Teil

Die Berücksichtigung der neueren Entwicklungen im Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung in der heutigen Dogmatik des Hypothekenrechts

In diesem Teil der Arbeit soll untersucht werden, inwieweit die im vorigen Teil dargestellten, modernen wirtschaftlichen Anschauungen über das Verhältnis von Hypothek und Forderung, die auch schon - wie oben ausführlich gezeigt wurde - auf besonderen Rechtsgebieten bei aktuellen Einzelfragen zur rechtlichen Beurteilung herangezogen wurden, in der gegenwärtigen Dogmatik des Hypothekenrechts berücksichtigt werden oder überhaupt berücksichtigt werden können.[1] Zwar ist bei einer etwa feststellbaren Diskrepanz zwischen den Vorstellungen des Gesetzgebers und der Rechtstheorie einerseits und den Vorstellungen der wirtschaftlichen Praxis andererseits streng daran festzuhalten, dass wirtschaftliche Anschauungen und Prinzipien de lege lata nur dann unmittelbar rechtlich bedeutsam werden können, wenn sie durch konkrete Gesetzesnormen bestätigt werden und insoweit rechtlich verwirklicht werden können.[2] Wenn das nicht möglich ist, muss eine solche Dis-

---

1) Im folgenden wird nicht unmittelbar geprüft, inwieweit das Gesetz als solches eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Vorstellungen erlaubt, da die gesetzliche Gestaltung im BGB in ihrer Bedeutung und in ihren Konsequenzen sehr umstritten ist (vgl. oben die Darstellung im 1.Teil). Das Gesetz wird also nur jeweils in der Sicht einer bestimmten Theorie (Akzessorietätslehre oder Lehre von der Zweckgemeinschaft) herangezogen und insoweit mit den wirtschaftlichen Anschauungen verglichen.

2) Möglich ist allerdings auch, dass durch eine ausdrückliche Bestimmung f ü r e i n g a n z e s R e c h t s g e b i e t die unmittelbare Berücksichtigung wirtschaftlicher Tatsachen und Vorstellungen bei der rechtlichen Beurteilung vorgeschrieben wird, so z.B. für das Steuerrecht durch § 1 Abs. 2 StAnpG.

krepanz zwischen rechtlichen und wirtschaftlichen Anschauungen in Kauf genommen werden und es bleibt dann nur die Möglichkeit einer Abhilfe de lege ferenda übrig. Letzteres ist allerdings höchst unbefriedigend und unzuträglich; die fehlende Uebereinstimmung wirtschaftlicher und rechtlicher Vorstellungen muss bei der Rechtsanwendung zu wirtschaftlich sinnwidrigen und oft lebensfremden Ergebnissen führen. Es bedarf daher eigentlich keines Hinweises, dass es von grösster Wichtigkeit ist, wirtschaftliche Anschauungen und Prinzipien, die sich allgemein durchgesetzt haben, wenn irgend möglich, auch bei der rechtlichen Würdigung zu berücksichtigen. Unter diesen Gesichtspunkten sollen nun im folgenden die heute herrschenden dogmatischen Vorstellungen bezüglich des Verhältnisses von Hypothek und Forderung kritisch betrachtet werden.

1. Abschnitt: Kritik der Akzessorietätslehre.

I. 1. Die Theorie von der akzessorischen Natur der Hypothek, die auch heute als herrschende Lehre anzusehen ist,[3] geht davon aus, dass nach der Gestaltung im BGB die Hypothek als einseitig von der persönlichen Forderung abhängiges Recht zu betrachten sei. Ueberblickt man die einschlägigen Vorschriften des Gesetzes, so wird man wohl auch zugeben müssen, dass hierbei der persönlichen Forderung, insbesondere hinsichtlich der Zuständigkeit, eine gewisse Vorrangstellung eingeräumt wird.[4] In der r e c h t l i c h e n Bewertung erscheint somit die persönliche Forderung als Hauptrecht, die Hypothek dagegen als Nebenrecht, als bloße "Zutat", als "Anhängsel" der Forderung. Demgegenüber hat sich - wie oben ausgeführt wurde[5] - im modernen Hypo-

---

3) Vgl. die Darstellung der Akzessorietätslehre oben im 1. Teil, 1. Abschnitt, S. 4 ff. und die dort angegebene Literatur.
4) Vgl. Wolff-Raiser, a.a.O., § 132 Anm. 3; Westermann, a.a.O., § 93 II 4c.
5) Vgl. 2.Teil, 2. Abschnitt, S. 66 ff.

thekenwesen für den Realkredit eine diametral entgegengesetzte w i r t s c h a f t l i c h e Bewertung durchgesetzt: die Hypothek, also das dingliche Recht, hat die ganz überwiegende, ja fast ausschliessliche Bedeutung im hypothekarischen Rechtsverhältnis erlangt.

2. Die Konstruktion des BGB, welche die persönliche Forderung in den Vordergrund stellt, ist darauf zurückzuführen, dass bei der Entstehung des BGB der Hypothekarkredit noch überwiegend als Personalkredit beurteilt wurde. Das hängt damit zusammen, dass man die Probleme der Hypothek im wesentlichen unter dem Aspekt eines Privatkredits sah, der - jedenfalls damals - noch ein weitgehend persönliches Gepräge trug. Der seit dem Ende des 19. Jahrhunderts stark im Vordringen befindliche A n s t a l t s k r e d i t , bei dem notwendigerweise fast ausschliesslich auf die Verhältnisse des belasteten Grundstücks abgestellt wird, wurde dagegen vom Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Hypothekenrechts des BGB fast völlig unberücksichtigt gelassen. Diese Einstellung des Gesetzgebers wird daraus verständlich, dass der Anstaltskredit seinem Wesen nach auf Massenverhältnisse zugeschnitten ist und daher mit der streng individualistischen Tendenz der Zivilgesetzbücher und überhaupt der damals herrschenden Zivilistik schlecht vereinbar war.[6)]

In der Gegenwart aber, in der es sich im Bereich des Hypothekarkredits ganz überwiegend um Anstaltskredite handelt, hat sich, wie die bisherige Untersuchung zeigt, für die echten Realkredite eine beunruhigende Diskrepanz zwischen den Vorstellungen des BGB-Gesetzgebers und der Rechtstheorie einerseits und den Anschauungen der Kreditpraxis andererseits ergeben.

II. Im folgenden wird näher untersucht, ob und inwieweit vom Boden der herrschenden Akzessorietätslehre aus eine

---

6) Vgl. Hedemann, Fortschritte II,1, a.a.O., S. 194 f.

Ueberbrückung der Kluft zwischen rechtlichen und wirtschaftlichen Prinzipien möglich ist.

1. Um es noch einmal gegenüberzustellen: die Akzessorietätslehre behauptet, nach Wortlaut und System des Gesetzes sei im Verhältnis zwischen Forderung und Hypothek die persönliche Forderung das dominierende Recht, die Hypothek sei rechtlich nur ein die Forderung sicherndes, akzessorisches, untergeordnetes Recht. Die moderne wirtschaftliche Anschauung misst dagegen, jedenfalls für die echten Realkredite, der Hypothek die fast ausschliessliche Bedeutung bei, die persönliche Forderung ist ein nebensächliches "Anhängsel" geworden; ausserdem wird die Pfandrechtsstruktur als nicht mehr gegeben angesehen, man sieht in der Hypothekenbestellung für den Gläubiger die Erlangung eines Wertanteils am Grundstück.

Weitgehend könnte nun wohl, ohne dass die Gefahr untragbarer praktischer Ergebnisse entstünde, eine Diskrepanz rechtlicher und wirtschaftlicher Vorstellungen in Kauf genommen werden. Wenn etwa das Gesetz bezüglich der Abtretung, Belastung oder Pfändung der Hypothek die persönliche Forderung zum "führenden" Recht erklärt (vgl. §§ 401,1153 Abs.1, 1069, 1274 BGB, 830 ZPO), so stimmt das zwar mit der wirtschaftlichen Bewertung der beiden Rechte nicht überein, es handelt sich aber letztlich hier gewissermassen um "technische Vorschriften", die im Ergebnis jedenfalls durchaus auch ihren wirtschaftlichen Zweck erfüllen. Das Gesetz hat hier für die genannten Vorgänge genaue, spezielle Vorschriften geschaffen, an denen für die rechtliche Behandlung der Hypothek insoweit kaum vorbeigegangen werden kann.[7]

---

7) Vgl. Wolff-Raiser, a.a.O., § 132 Anm. 3; Westermann, a.a.O., § 93 II 4 c.
Wenn H e c k (Sachenrecht, a.a.O., S. 397 f.) auch diese speziellen Normen (z.B. für die Hypothekenabtretung) durch Gebotsberichtigung ausschalten will, da sie auf dem verfehlten Anlehnungsdogma beruhten, so geht das auf jeden Fall zu weit. Die Behandlung des einen Rechts, also hier der Forderung, als des zuständig-

Sie dienen alle dem auch wirtschaftlich sinnvollen Zweck, eine Trennung von Hypothek und Forderung und damit eine doppelte Inanspruchnahme des Schuldner-Eigentümers zu verhindern (§ 1153 Abs. 2 BGB). Ob nun das Gesetz zur Erreichung dieses Zweckes bei diesen Vorgängen primär an die Forderung oder primär an die Hypothek anknüpft, ist - wirtschaftlich gesehen - grundsätzlich ohne Bedeutung.

2. Ganz anders steht es aber bezüglich der in jüngster Zeit auf besonderen Rechtsgebieten aktuell gewordenen Probleme[8] einer etwaigen R ü c k w i r k u n g v o n E r e i g n i s s e n i m d i n g l i c h e n B e r e i c h a u f d i e p e r s ö n l i c h e F o r d e r u n g .

Die Akzessorietätslehre muss hier, wenn sie konsequent sein will, streng dabei bleiben, dass im Gesetz nur eine e i n -

---

keitsbestimmenden Rechts dient nämlich auch dazu, eine getrennte Abtretung der beiden Rechte zu verhindern und ermöglicht insoweit die Verwirklichung des Grundsatzes des § 1153 Abs. 2 BGB, der eine solche getrennte Abtretung ausdrücklich verbietet. § 1153 Abs. 2 BGB hinwiederum ist aber keine lebensfremde, sachlich unbegründete, nur auf das Anlehnungsdogma zurückzuführende Norm, wie Heck, a.a.O., meint, sondern eine mit guten Gründen eingefügte Vorschrift, die mit dem Akzessorietätsprinzip gar nichts zu tun hat (vgl. Küchler, Sicherungsgrundschuld, a.a.O., S. 89). Mit ihr soll nämlich einmal verhindert werden, dass der Eigentümer-Schuldner doppelt in Anspruch genommen wird (vgl. Westermann, a.a.O., § 93 II 2) ; zum andern dürfte die Anordnung des § 1153 Abs. 2 BGB wohl deshalb berechtigt sein, weil auch die Forderung am Grundbuchverkehr teilnimmt und ihre Uebertragung der Form nach sachenrechtlich erfolgt. Würde man nun eine getrennte Abtretung zulassen, so müssten zweierlei Eintragungen vorgenommen werden: nämlich eine Eintragung über das Schicksal der Hypothek und eine solche über das Schicksal der Forderung. Die Folge wäre, dass das Grundbuch dann rein schuldrechtliche Ansprüche und Vorgänge ausweisen würde. Andererseits wäre es auch nicht gangbar, die Uebertragung der Forderung nicht im Grundbuch zu vermerken, da sonst das Grundbuch unübersichtlich und der Grundbuchverkehr unsicher werden würde (so Küchler a.a.O.).

8) Vgl. die Darstellung oben im 2.Teil, 1.Abschn., S.2o ff.

s e i t i g e Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung festgelegt sei, nicht aber umgekehrt etwa eine Abhängigkeit der Forderung von der Hypothek. Sie geht davon aus, dass Bestand und Inhalt der gesicherten Forderung durch die Bestellung der Hypothek grundsätzlich nicht beeinflusst werde. Die Rechte des Gläubigers und die Pflichten des Schuldners seien insoweit dieselben, wie wenn für die Forderung keine Hypothek bestünde.[9] Von diesem Grundsatz der Nichtbeeinflussung der Forderung durch die Hypothek werden nur einige wenige Ausnahmen anerkannt.[10] Stets aber wird von der Theorie der akzessorischen Natur der Hypothek daran festgehalten, dass der Wegfall des Pfandobjekts oder der Hypothek den Bestand der persönlichen Forderung nicht berühre.[11]

Hier ergibt sich nun ein krasser Gegensatz zu der wirtschaftlichen Anschauung, die das hier in Anwendung der Akzessorietätslehre gewonnene Ergebnis - anders als etwa bei den oben genannten "technischen Vorschriften" - für wirtschaftlich nicht angemessen erachtet (vgl. oben S. 84 ff.).

3. Es hat sich nun in der jüngsten Zeit gezeigt, dass, soweit solche Probleme grundlegender Veränderungen im dinglichen Bereich auftraten, an den wirtschaftlichen Vorstellun-

---

9) Vgl. statt aller Wolff-Raiser, a.a.O., § 134 IV; Lent, a.a.O., S. 171.

10) Wolff-Raiser, a.a.O., § 134 IV, zählt als solche Ausnahmen auf:
1. die Form der Abtretung der Forderung (§§ 1154 ff.BGB),
2. die Erleichterung der persönlichen Schuldübernahme bei Veräusserung des Grundstücks durch § 416 BGB,
3. die Bestimmung des § 1161 BGB,
4. die Rückwirkung auf die persönliche Forderung, wenn sich der Gläubiger durch Ausübung der Hypothek aus dem Grundstück befriedigt hat, und die Vorschriften der §§ 1165 ff. BGB.

11) Vgl. statt aller Wolff-Raiser, a.a.O., § 134 IV, § 138 II 1a; Lent, a.a.O., S. 167; Boehmer, 8. Beiheft der DRZ 1949, S. 16 (unter 3 c), S. 17 (unter 6).

gen nicht vorbeigegangen werden konnte, wenn man lebensfremde und wirtschaftlich unbefriedigende Ergebnisse vermeiden wollte. Auf den besonderen Rechtsgebieten, auf denen solche Fragen aktuell wurden, kam weitgehend in der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum die Ansicht zum Ausdruck, dass bei der rechtlichen Beurteilung die moderne wirtschaftliche Entwicklung und die entsprechenden wirtschaftlichen Vorstellungen[12] berücksichtigt werden müssten.[13] Als Folge davon wurde häufig bei der rechtlichen Behandlung dieser Probleme bei wesentlichen Veränderungen bezüglich der Hypothek und des belasteten Grundstücks (insbesondere bei Wegfall der Hypothek oder des belasteten Grundstücks) eine Rückwirkung auf die persönliche Forderung angenommen und insoweit auch eine Abhängigkeit der Forderung von der Hypothek statuiert.[14]

4. Die Tatsache, dass damit die Akzessorietätslehre, also die Theorie von der einseitigen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung, in ihrem Kern getroffen und ernstlich in Frage gestellt wurde, wurde bisher nur dadurch verdeckt, dass die Probleme, die zur Anwendung dieser neuartigen rechtlichen Prinzipien führten, vorerst nur auf rechtlichen Spezialgebieten aktuell und deshalb einer Berücksichtigung in der allgemeinen Dogmatik des Hypothekenrechts nicht für wert befunden wurden. Dazu kommt, dass zur rechtlichen Verwirklichung einer Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung im allgemeinen von der Rechtsprechung als gesetzliche Grundlage § 242 BGB herangezogen wurde,[15] also eine "Aushilfsnorm"[16] für aussergewöhnliche Härtefälle, was auch

---

12) Vgl. bezüglich dieser wirtschaftlichen Anschauungen die Zusammenfassung oben S.82 f. und 88 f.

13) Vgl. die Ausführungen oben im 2. Teil, 1. Abschn., S. 20 ff.; siehe insbes. BGH NJW 1952,420; BGHZ 17,94.

14) Vgl. die eingehende Darstellung oben im 2. Teil, 1.Abschn., S. 20 ff.

15) Vgl. oben 2. Teil, 1. Abschn., insbes. unter I (S.20 ff.) und unter VI (S.50 ff.).

16) Mit der Bezeichnung "Aushilfsnorm" soll selbstverständlich keineswegs die umfassende Bedeutung des Grund-

wieder dazu verleiten mag, diese Fälle in der "normalen" Dogmatik nicht zu verwerten.

a) Dass die Frage der Auswirkungen eines Wegfalls der Hypothek oder des belasteten Grundstücks auf die persönliche Forderung nur auf rechtlichen Spezialgebieten behandelt wurde, kann nicht bedeuten, dass es sich hier nicht um ein allgemeines hypothekenrechtliches Problem handle. Das Auftreten auf Sonderrechtsgebieten hängt nur damit zusammen, dass grundlegende Veränderungen im dinglichen Bereich (etwa durch Untergang des Grundstücks, Enteignung der Hypothek oder des Grundstücks) viel seltener vorkommen als Veränderungen bezüglich der persönlichen Forderung und deshalb im allgemeinen Hypothekenrecht weitgehend unbeachtet bleiben. Solche Veränderungen ergeben sich im allgemeinen nur in Zusammenhang mit besonderen, anormalen Ereignissen wie etwa den umfangreichen Kriegszerstörungen oder den ostzonalen Enteignungen. Dennoch bleibt die Frage, ob der Wegfall der Hypothek oder des belasteten Grundstücks den Bestand oder die Zuständigkeit der persönlichen Forderung berührt, grundsätzlich ein a l l g e m e i n e s hypothekenrechtliches Problem.

b) Es kann auch nicht eingewendet werden, dass man trotz der von der Rechtsprechung auf besonderen Rechtsgebieten weitgehend anerkannten Rückwirkungen von Ereignissen im dinglichen Bereich auf die persönliche Forderung von einer grundsätzlichen Abhängigkeit auch der Forderung von der Hypothek deshalb nicht sprechen könne, weil eine solche Rückwirkung bei Anwendung des § 242 BGB doch nur unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände, d.h. also nur im E i n z e l f a l l , angenommen werden könne. Das ist insofern nicht richtig, als etwa in der Rechtsprechung, die sich mit den

---

satzes von Treu und Glauben, der das ganze bürgerliche Recht beherrscht, bestritten werden, sondern nur die Tatsache zum Ausdruck gebracht werden, dass in der Praxis zur rechtlichen Begründung einer Entscheidung § 242 BGB nur als ultimum refugium, wenn andere Normen nicht gegeben sind oder nicht ausreichen, herangezogen wird.

Auswirkungen der ostzonalen Enteignungen befasst, bei unmittelbar nur wirksamer Enteignung der Hypothek dem persönlichen Schuldner g e n e r e l l ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 242 BGB zugebilligt wird, ohne dass hierbei die Umstände des Einzelfalles, etwa die wirtschaftliche Lage beider Parteien, geprüft und berücksichtigt werden.[17] Es kommt im Moment nicht darauf an, ob eine solche Praxis dem Sinn des § 242 BGB entspricht (darauf wird unten unter III näher eingegangen), jedenfalls wird von der Rechtsprechung bei Wegfall der Hypothek durch Enteignung eine Rückwirkung auf die persönliche Forderung nicht nur im Einzelfall, sondern generell angenommen und insoweit kann man auch durchaus grundsätzlich von einer Abhängigkeit auch der Forderung von der Hypothek sprechen.'

5. Man kann also feststellen, dass auch die Akzessorietätslehre, wenn sie zu sinnvollen praktischen Ergebnissen kommen will, einerseits nicht umhin kann, jedenfalls bei den Problemen des Wegfalls der Hypothek oder des belasteten Grundstücks, die moderne wirtschaftliche Entwicklung und die dabei zutage tretenden wirtschaftlichen Anschauungen rechtlich zu berücksichtigen. Andererseits wird sie dadurch gezwungen, gerade die wesentliche Behauptung einer e i n s e i t i g e n Abhängigkeit der Hypothek aufzugeben, auch wenn sie die wirtschaftlichen Vorstellungen rechtlich nur auf dem Wege über § 242 BGB verwerten will.

Darüber hinaus bleibt die Frage - die im folgenden untersucht werden soll - bestehen, ob die Anwendung des § 242 BGB für diese Fälle überhaupt gerechtfertigt ist.

III. 1. Die moderne Tendenz in der Rechtsprechung geht, wie oben aufgezeigt wurde,[18] dahin, gewissen Ereignissen,

---

17) Vgl. die Darstellung oben im 2.Teil,1. Abschn., VI (S.50 ff.).
18) Vgl. 2. Teil, 1.Abschn.

die nur im dinglichen Bereich, bei der Hypothek oder beim belasteten Grundstück, eintreten, auch Auswirkungen auf die persönliche Forderung zuzusprechen. Entscheidend wichtig ist hierbei, dass - wie schon erwähnt -[19] eine solche Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung nicht wegen irgendwelcher besonderer Umstände nur im konkreten Einzelfall angenommen wird, sondern g e n e r e l l für alle hypothekarischen Rechtsverhältnisse oder zumindest generell für eine bestimmte Gruppe solcher Rechtsverhältnisse, nämlich die echten Realkredite. Sehr klar kommt das, wie schon angedeutet wurde, etwa in der Rechtsprechung über die Auswirkungen ostzonaler Enteignungen zum Ausdruck. Die Rechtsprechung gewährt hier bei Enteignung der Hypothek in der Ostzone dem persönlichen Schuldner generell ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 242 BGB bzw. sie nimmt hier einen Wegfall der Geschäftsgrundlage an mit der generellen Folge, dass die persönliche Verpflichtung völlig erlischt. Es findet also hierbei keine umfassende, individuelle Prüfung des Einzelfalles statt mit einer Abwägung der Interessen und der wirtschaftlichen Lage von Gläubiger und Schuldner, sondern für den Wegfall der persönlichen Leistungspflicht genügt schlechthin die Tatsache des Wegfalls der Hypothek für den Gläubiger.[20]

Die Frage hierbei ist nur, ob für ein solches Ergebnis als gesetzliche Grundlage § 242 BGB herangezogen werden kann, wie es in der Rechtsprechung und auch weitgehend im einschlägigen Schrifttum geschieht.

2. Wenn man nämlich, von den vorliegenden Fällen abgesehen, die neuere Entwicklung der obergerichtlichen Rechtsprechung zum Wegfall der Leistungspflicht nach § 242 BGB und zu der auf § 242 BGB basierenden Frage des Wegfalls

---

19) Vgl. oben S. 97 f.
20) Vgl. die Darstellung oben im 2. Teil, 1. Abschn., VI (S. 50 ff.) und ausserdem insbes. die Ausführungen hierzu von Strich, a.a.O., S. 87 ff.

der Geschäftsgrundlage betrachtet, lässt sich feststellen, dass bei deren Anwendung im wesentlichen auf irgendwelche im Schrifttum entwickelten, tatbestandlichen Festlegungen oder Formeln verzichtet wird. Massgebend für eine Beurteilung nach Treu und Glauben ist danach letztlich nur der Gesichtspunkt der "U n z u m u t b a r k e i t" einer Leistung für den Schuldner. Sie ist zugleich sowohl alleinige tatbestandliche Voraussetzung für die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben als auch der alleinige Maßstab für die Rechtsfolgen. Die Leistung des Schuldners beschränkt sich auf das, was ihm im Einzelfall noch zumutbar ist.[21] Bei der Feststellung der "Unzumutbarkeit" verlangt die obergerichtliche Rechtsprechung stets eine B e r ü c k s i c h t i g u n g "a l l e r U m s t ä n d e d e s E i n z e l f a l l e s".[22] Das bedeutet insbesondere eine Prüfung dahingehend, ob der Schuldner sich in einer "Notlage" befindet (oder bei Erfüllung in eine Notlage geraten würde) und eine Abwägung zwischen dem Erfüllungsinteresse des Gläubigers und der Situation des Schuldners. Dabei ist erforderlich, die gesamte wirtschaftliche Lage sowohl des Schuldners als auch des Gläubigers (einschliesslich der künftigen Entwicklung dieser Verhältnisse) in Betracht zu ziehen.[23]

3. Wendet man § 242 BGB in dieser Auslegung, die sich in der obergerichtlichen Rechtsprechung völlig durchgesetzt hat, auf die Frage an, ob gewisse Ereignisse im dinglichen Bereich, wie z.B. der Wegfall der Hypothek durch Enteig-

---

21) Vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage, a.a.O., S. 111,117 und Enneccerus - Nipperdey, a.a.O., § 177 Anm. 25. - Auch für die Frage, ob die Geschäftsgrundlage weggefallen ist, ist alleiniges Kriterium in der obergerichtlichen Rechtsprechung die "Unzumutbarkeit" (Larenz, a.a.O., S. 117).

22) Vgl. insbes. OGHZ 1,62; 1,386; BGH LM Nr. 12 zu § 242 (Bb) BGB; Nr. 2 zu § 284 BGB; Nr. 2 zu § 779 BGB; BGH NJW 1952,137.

23) Vgl. Soergel-Siebert, § 242 Anm. D I 1; Larenz, Geschäftsgrundlage, a.a.O., S. 118 und die in Anm.22 angeführten Entscheidungen.

nung, den Bestand oder die Zuständigkeit der persönlichen Forderung berühren, so muss man konsequenterweise zu dem Ergebnis kommen, dass eine Entscheidung nur je nach der Lage des Einzelfalles unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände getroffen werden kann. Insbesondere wäre dann eine Prüfung der wirtschaftlichen Lage von Gläubiger und Schuldner unumgänglich. Das würde also bedeuten, dass bei einer solchen Auslegung und Anwendung des § 242 BGB der Wegfall der Hypothek k e i n e s f a l l s g e n e r e l l zum Wegfall der Forderung bzw. zur Gewährung eines Leistungsverweigerungsrechts des Schuldners führen könnte. Zum Beispiel für den Fall, dass der Schuldner in sehr guten, der Gläubiger in äusserst schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen leben würde, müsste danach eine Rückwirkung des Wegfalls der Hypothek auf die persönliche Forderung abgelehnt werden, der Gläubiger könnte bei dieser Sachlage weiterhin die persönliche Forderung gegen den Schuldner geltend machen.[24] Nur eine derartige Anwendung des § 242 BGB auf die vorliegenden Fälle wäre aber nach der allgemeinen, von der Rechtsprechung selbst anerkannten Auslegung des § 242 BGB überhaupt gerechtfertigt.

4. Für die Frage, ob Ereignisse, die nur bei der Hypothek oder beim belasteten Grundstück eintreten, Rückwirkungen auf die persönliche Forderung haben, wäre aber eine Heranziehung des § 242 BGB in dieser Form, von der wirtschaftlichen Praxis her gesehen, völlig unangemessen.

a) Bei den Hypothekarkrediten handelt es sich - jedenfalls soweit sie Anstaltskredite darstellen - um M a s s e n v e r h ä l t n i s s e , d.h. um Kredite, die in grosser Zahl unter im wesentlichen übereinstimmenden Bedingungen und Umständen gewährt werden. Sie sind also - wirtschaftlich gesehen - dazu prädestiniert, beim Auftreten der gleichen Ereignisse auch rechtlich gleichförmig behandelt zu werden.

---

24) Vgl. hierzu Strich, a.a.O., S. 188.

Für eine allgemein so bedeutsame Frage wie die der Auswirkungen von Veränderungen im dinglichen Bereich auf die persönliche Forderung sollten daher, wenn irgend möglich, generelle, objektiv bestimmte Maßstäbe gefunden werden. Ein solch genereller Maßstab würde etwa bei dem Abstellen auf Real- oder Personalkredit vorliegen. Gänzlich unangebracht ist dagegen bei diesen Massenverhältnissen ein Abstellen auf den konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller individuellen Umstände, insbesondere der wirtschaftlichen Lage von Gläubiger und Schuldner, wobei dann die von den Gerichten zu fällenden reinen Billigkeitsentscheidungen[25] von den Parteien schlechterdings nicht mehr auch nur einigermassen vorhersehbar wären.[26] Nur durch eine generelle Beantwortung der Frage einer Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung kann hier eine Rechtsunsicherheit grössten Ausmasses verhindert, eine übermässige Inanspruchnahme der Gerichte vermieden und die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung insoweit sichergestellt werden.

b) Dazu kommt, dass es bei A n s t a l t s k r e d i t e n überhaupt kaum möglich wäre, zwischen Schuldner und Gläubigern eine gerechte und billige "Interessenabwägung" vorzunehmen. Wenn diese schon zwischen Hypothekenschuldner und privaten Hypothekengläubigern äusserst schwierig und umständlich wäre, so wäre sie doch zwischen Hypothekenschuldnern und Institutsgläubigern, die ihrerseits wieder fremde Mittel anlegen, für die Gerichte eine kaum mehr lösbare Aufgabe.[27]

---

25) Vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage, a.a.O., S. 118.
26) Dieselbe Erwägung führte auch im Vertragshilferecht zu der Bestimmung des § 3 VHG, nach der die Zinsen bei grundpfandrechtlich gesicherten Verbindlichkeiten grundsätzlich s c h e m a t i s c h herabzusetzen sind (vgl. oben S.25 f.).
27) So Krüger, DRZ 1946,103 für das Sonderproblem der Ruinenhypotheken, vgl. oben S.21, Anm.3.

5. Von der Rechtsprechung, z.B. bei der Frage der ostzonalen Enteignungen, wurde auch erkannt, dass ein Abstellen auf den Einzelfall für das Problem der Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung wirtschaftlich unangemessen und praktisch undurchführbar wäre.

Sie kommt deshalb - wie dargestellt wurde - hinsichtlich der ostzonalen Enteignungen auch dazu, eine generelle Rückwirkung der Ereignisse im dinglichen Bereich auf die persönliche Forderung anzunehmen. Als gesetzliche Grundlage für dieses wirtschaftlich sinnvolle Ergebnis zieht sie aber unrichtigerweise § 242 BGB heran. Sie wendet damit § 242 BGB bzw. die darauf basierende Konstruktion vom Wegfall der Geschäftsgrundlage in einer Weise an, die der sonst in der obergerichtlichen Rechtsprechung einhellig vorgenommenen Auslegung des § 242 BGB klar widerspricht. Man muss daher annehmen, dass die einschlägige Rechtsprechung vor der Situation stand, ein wirtschaftlich angemessenes Ergebnis festhalten zu wollen, ohne irgendeine Norm zur rechtlichen Begründung finden zu können und deshalb als ultimum refugium auf § 242 BGB zurückgriff. Aber auch die Grundsätze von Treu und Glauben können nicht dazu dienen, alles und jedes zu begründen. § 242 BGB hat heute in der obergerichtlichen Rechtsprechung eine bestimmte, allgemeingültige Auslegung und einen festgelegten Anwendungsbereich erhalten; wenn man nicht grundsätzlich davon abgehen will - und das wird z.B. von der Rechtsprechung zu den ostzonalen Enteignungen offensichtlich keineswegs beabsichtigt -, dann muss man zugeben, dass die Annahme einer g e n e r e l l e n Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung bei gewissen Ereignissen im dinglichen Bereich jedenfalls nicht auf dem Wege über § 242 BGB rechtlich begründet werden kann.

IV. Zusammenfassend ergibt sich: Die Grundvorstellung der A k z e s s o r i e t ä t s l e h r e ist unmittelbar konträr zu der modernen wirtschaftlichen Anschauung: das eindeutig dominierende Recht im hypothekarischen Rechtsverhältnis ist nach der Akzessorietätslehre die persönliche Forderung, in wirtschaftlicher Sicht umgekehrt die Hypothek.

Bei der Lösung bestimmter, auf besonderen Rechtsgebieten aktuell gewordener Probleme, sieht sich die Akzessorietätslehre gezwungen, den modernen wirtschaftlichen Vorstellungen in der Weise Rechnung zu tragen, dass sie mit Hilfe des § 242 BGB bei gewissen Ereignissen, die nur im dinglichen Bereich eintreten (wie z.B. beim Wegfall der Hypothek durch Enteignung), generell eine Rückwirkung von der Hypothek auf die persönliche Forderung annimmt. Bei näherer Prüfung zeigt sich aber, dass eine Berücksichtigung der modernen wirtschaftlichen Entwicklung vom Boden der Akzessorietätslehre aus insoweit nicht möglich ist; es ergeben sich nämlich zwei gewichtige Einwendungen: Einmal kann der Grundsatz von Treu und Glauben nicht eine gesetzliche Grundlage für die Annahme einer g e n e r e l l e n Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung bilden; zum andern würde sich bei der Anerkennung einer solchen Rückwirkung a u c h e i n e A b h ä n g i g k e i t d e r F o r d e r u n g v o n d e r H y p o t h e k ergeben und damit ein fundamentaler Widerspruch zu der Behauptung einer einseitigen Abhängigkeit der Hypothek.

2. Abschnitt: Kritik der Lehre von der Zweckgemeinschaft.

I. 1. Die Theorie der Zweckgemeinschaft von Forderung und Hypothek lehnt das Vorliegen einer einseitigen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung ab.[28] Die persönliche Forderung ist danach nicht ohne weiteres als "Hauptrecht" und die Hypothek als akzessorisches "Nebenrecht" anzusehen, sondern beide Rechte sind in einer "Zweckgemeinschaft" koordiniert;[29] beide Rechte erstreben und sichern nebeneinander

---

28) Vgl. hierzu die Darstellung der Theorie von der Zweckgemeinschaft oben im 1. Teil, 3. Abschn., S. 11 ff. und die dort angegebene Literatur.

29) Vgl. neuerdings insbes. v. Lübtow, a.a.O., S. 347.

die Befriedigung desselben "Gläubigerinteresses" (Heck), derselben "Leistungsanwartschaft" (Küchler), desselben "Anrechts" (v. Lübtow).[30] Der Wegfall des einen Rechts bewirkt zugleich auch den des anderen, wenn die gemeinsame Leistungsanwartschaft berührt wird, insofern sieht man zwischen Forderung und Hypothek eine "wechselseitige, paritätische Abhängigkeit"[31] als gegeben an.

2. Die Lehre von der Zweckgemeinschaft ermöglicht eine weitgehende Berücksichtigung der modernen wirtschaftlichen Anschauungen. Während, wie dargestellt wurde,[32] die Akzessorietätslehre - jedenfalls für den Bereich des "organisierten Realkredits" - im Verhältnis von Hypothek und Forderung von einer der wirtschaftlichen Praxis grundsätzlich entgegengesetzten Bewertung ausgeht, nämlich die Hypothek rechtlich als untergeordnete Hilfshaftung betrachtet, lässt die Lehre von der Zweckgemeinschaft die Bewertung im einzelnen noch völlig offen. Forderung und Hypothek sind nach ihr rechtlich in gleicher Weise Zwangsmittel zur Durchsetzung des einen Gläubigerinteresses; die Tatsache, dass dann im Einzelfall bei einem echten Realkredit das Sicherungsmittel der Hypothek, bei einem (dinglich gesicherten) Personalkredit dagegen das Sicherungsmittel der persönlichen Forderung ganz im Vordergrund steht, ist mit der Grundvorstellung der Theorie von der Zweckgemeinschaft durchaus vereinbar.

II. Rein theoretisch lässt sich also die moderne wirtschaftliche Entwicklung im Hypothekenwesen mit Hilfe der Lehre von der Zweckgemeinschaft besser erfassen als durch die Akzessorietätslehre. Prüft man aber praktisch nach, ob

---

30) Im folgenden werden die Begriffe "Leistungsanwartschaft", "Gläubigerinteresse" und "Anrecht" synonym verwendet; vgl. hinsichtlich der Berechtigung dazu oben S.19.

31) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 328,331; Wieacker, Bodenrecht, a.a.O., S. 189,190; v. Lübtow, a.a.O., S. 347.

32) Vgl. oben 1. Abschnitt, S. 91 ff.

die Theorie von der Zweckgemeinschaft hinsichtlich der zunächst nur auf Spezialgebieten aktuell gewordenen Fragen einer Rückwirkung von Ereignissen im dinglichen Bereich auf die persönliche Forderung wirtschaftlich angemessenere Lösungen erbringt als die Lehre von der einseitigen Abhängigkeit der Hypothek, so zeigt sich, dass die Lehre von der Zweckgemeinschaft hier befriedigende Ergebnisse schlechthin nicht ermöglicht.

1. Wie oben dargestellt wurde,[33] drängen die modernen wirtschaftlichen Vorstellungen dazu, gewissen Ereignissen im dinglichen Bereich (Wegfall der Hypothek oder des belasteten Grundstücks) auch eine Rückwirkung auf die persönliche Forderung beizulegen; diesen wirtschaftlichen Anschauungen entsprechen die eingehend untersuchten[34] Tendenzen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum, wenigstens bei aktuellen Einzelfragen auf besonderen Rechtsgebieten eine solche Rückwirkung und damit ein wirtschaftlich angemessenes Ergebnis auch rechtlich zu verwirklichen.

Vom Boden der Akzessorietätslehre aus lässt sich - wie gezeigt wurde[35] - eine derartige Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung rechtlich nicht durchsetzen, da sie die Regelung des Gesetzes als Festlegung einer einseitigen Abhängigkeit der Hypothek auslegt und auch eine "Notlösung" über § 242 BGB bei näherer Prüfung nicht gangbar erscheint.

Es soll nun untersucht werden, ob und inwieweit bei Anwendung der Lehre von der Zweckgemeinschaft für Ereignisse, die unmittelbar nur die Hypothek oder das belastete Grundstück betreffen, Auswirkungen auf die persönliche Forderung anerkannt werden. Als praktisches Beispiel für diese Fälle wird bei den folgenden Erörterungen vor allem der Tatbestand

---

33) Vgl. oben S. 84 f.
34) Vgl. oben 2. Teil, 1.Abschn., S. 20 ff.
35) Vgl. oben 1. Abschnitt, S. 91 ff.

herangezogen, dass eine entschädigungslose Enteignung in der Ostzone u n m i t t e l b a r nur das belastete Grundstück und damit die Hypothek ergreift, nicht aber die persönliche Forderung.

Keinesfalls darf die Behauptung einer "wechselseitigen, paritätischen Abhängigkeit" von Forderung und Hypothek, welche die Theorie von der Zweckgemeinschaft enthält,[36] dahingehend missverstanden werden, als führe danach der Wegfall der Hypothek als solcher schlechthin auch zum Wegfall der persönlichen Forderung. Zur Beurteilung einer solchen Auswirkung wird von der Lehre von der Zweckgemeinschaft vielmehr stets ein bestimmtes Kriterium "dazwischengeschaltet", nämlich die Frage, ob der Wegfall der Hypothek das Gläubigerinteresse (Leistungsanwartschaft, Anrecht) berührt hat. Das muss im folgenden noch näher dargelegt werden.

2. Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Akzessorietätslehre und der Lehre von der Zweckgemeinschaft besteht in der Deutung einer Lebenserscheinung, die Heck als "Aufspaltungsgemeinschaft"[37] bezeichnet. Darunter ist zu verstehen, dass weitgehend im hypothekarischen Rechtsverhältnis gewisse Vorgänge, insbesondere die Befriedigung des Gläubigers, eine Auswirkung auf b e i d e Rechte, die Forderung u n d die Hypothek, nach sich ziehen. Das Eintreten einer solchen "G e s a m t w i r k u n g" wird von den beiden Theorien verschieden gesehen.

a) Die A k z e s s o r i e t ä t s l e h r e kommt zu einer Gesamtwirkung, indem sie den fraglichen Vorgang in zwei Akte zerlegt.[38] Der erste Akt ist der Wegfall der persönlichen Forderung durch ein bestimmtes Ereignis, insbesondere also durch die Befriedigung des Gläubigers. Als zweiter Akt

---

36) Vgl. oben S. 105, Anm. 31.
37) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 325 ff.
38) Vgl. insoweit die Darstellung der Akzessorietätslehre bei Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 326.

folgt der Wegfall der Hypothek als notwendige Folge ihrer akzessorischen Natur. Die Gesamtwirkung kommt also nur "gestaffelt" zustande und ausserdem grundsätzlich nur auf dem Wege über einen primären Wegfall der Forderung, nicht aber umgekehrt über einen primären Wegfall der Hypothek, der sich sekundär auf die Forderung auswirken könnte, es besteht eben nur eine einseitige Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung. Ausserdem ist zu beachten, dass nach der Akzessorietätslehre für den Wegfall der Hypothek schlechthin der Wegfall der Forderung entscheidet,[39] dass aber hierbei nicht darauf abgestellt wird, ob die persönliche Forderung infolge der Befriedigung des Gläubigers oder ohne eine solche aus anderen Gründen (z.B. Konfusion) weggefallen ist (vgl. § 1163 Abs. 1 S. 2 BGB), es ist also dabei gleichgültig, ob der gemeinsame Zweck der beiden Rechte, nämlich die Befriedigung des Gläubigers, erreicht worden ist oder nicht.

b) Die Theorie von der Zweckgemeinschaft lehnt die Annahme einer solchen "gestaffelten" Wirkung ab. Für das Eintreten einer Gesamtwirkung auf beide Rechte ist nach Heck nur die Zweckerreichung massgebend; ist der gemeinsame Zweck von Forderung und Hypothek erreicht, d.h. die Geldsumme gezahlt oder der Gläubiger sonst befriedigt, so fallen automatisch beide Rechte zugleich weg.[40]
Eine Bestätigung dieser Auffassung sieht Heck in vier gesetzlich geregelten sogenannten "typischen Versagensfällen";[41] Verjährung (§ 223 Abs. 1 BGB), Konkurs (§§ 14, 47, 48 KO), Zwangsvergleich (§ 193 S. 2 KO) und Nachlasserschöpfung (§§ 1137 Abs. 1 S. 2, 1971 BGB). Diese Fälle widersprächen der Akzessorietätslehre, da nach ihr ein Versagen der persön-

---

39) Soll trotz Wegfalls der Forderung die Hypothek aufrechterhalten werden, so ist nach der Akzessorietätslehre dafür eine ausdrückliche gesetzliche (Ausnahme-) Bestimmung erforderlich (so z.B. in § 223 Abs. 1 BGB, § 193 S. 2 KO).
40) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 328.
41) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 329.

lichen Forderung eine gleiche Wirkung für die Hypothek nach sich ziehen müsste. Andererseits stimmten sie mit der Lehre von der Zweckgemeinschaft überein, eine Gesamtwirkung könne in diesen Fällen nicht eintreten, da der gemeinsame Zweck, nämlich die Befriedigung des Gläubigers, nicht erreicht worden sei, die Hypothek müsse hier also konsequenterweise trotz Wegfalls der Forderung aufrechterhalten bleiben.

c) Gerade hinsichtlich der Frage einer solchen Gesamtwirkung im hypothekarischen Rechtsverhältnis wurde die Lehre von der Zweckgemeinschaft von K ü c h l e r [42] weiter ausgebaut. Küchler stellt mit Recht fest,[43] dass zwar die Befriedigung des Gläubigers den Hauptfall einer Gesamtwirkung auf beide Rechte darstelle, dass es aber noch andere Ereignisse gebe, die eine automatische Gesamtwirkung nach sich ziehen, obwohl die Befriedigung des Gläubigers bei ihnen ausbleibe. Das scheint Heck, der für den Eintritt einer Gesamtwirkung ausschliesslich auf die Zweckerreichung i.S. einer Befriedigung des Gläubigers abstellt,[44] nicht klar erkannt zu haben. Geht nämlich z.B. die persönliche Forderung durch Eintritt der auflösenden Bedingung, unter der sie begründet war, unter oder erlischt sie durch Vereinigung von Schuld und Forderung im Wege der Einzelrechtsnachfolge oder bestenen gegen die Forderung gewisse zerstörliche Einreden (Wandlungs-, Minderungs-, Bereicherungseinrede, Einrede aus unerlaubter Handlung),[45] so muss doch hier, obwohl eine Befriedigung des Gläubigers nicht erfolgt ist, eine Gesamtwirkung auf beide Rechte, also auch eine Auswirkung hinsichtlich der Geltendmachung der Hypothek, ange-

42) Vgl. Sicherungsgrundschuld, a.a.O., S. 57 ff.; Küchler geht es zwar in erster Linie um die Probleme der Sicherungsgrundschuld, seine Ausführungen gelten aber in gleicher Weise für die Hypothek (vgl. Küchler, a.a.O., S. 58 f.).
43) Sicherungsgrundschuld, a.a.O., S. 57.
44) Vgl. oben S. 108,Anm. 40.
45) Vgl. Küchler, a.a.O., S. 59.

nommen werden.[46]

Für die Frage einer Gesamtwirkung kommt daher Küchler zu folgendem Ergebnis:[47] Von dem bei einem Recht eintretenden Ereignis geht dann eine automatische Wirkung auf das andere Recht aus, wenn die "g e m e i n s a m e L e i s t u n g s a n w a r t s c h a f t b e r ü h r t w i r d". Das bedeutet, dass bei Wegfall der persönlichen Forderung die Hypothek nur dann wegfällt, wenn hierbei "jegliche Leistungsanwartschaft weggefallen ist". Ebenso ergibt sich eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung, wenn durch den Wegfall der Hypothek "jegliche Leistungsanwartschaft wegfällt". Zu beachten bleibt aber, dass es - wie erwähnt - auch Fälle des "Wegfalls der Leistungsanwartschaft" gibt, ohne dass dabei eine Befriedigung des Gläubigers eingetreten ist.

Zu demselben Ergebnis kommt neuerdings v. L ü b t o w , allerdings unter Verwendung des Begriffs eines "Anrechts":[48] werde durch ein bestimmtes Ereignis das Anrecht betroffen, so ergebe sich eine Gesamtwirkung auf Forderung und Hypothek, werde dieses dagegen nicht berührt, so bleibe trotz Wegfalls des einen Rechts das andere bestehen.

3. Wendet man nun die Lehre von der Zweckgemeinschaft auf die aktuellen Probleme einer etwaigen Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung an, also z.B. auf die Frage, ob die Enteignung des belasteten Grundstücks in der Ostzone und der damit verbundene Wegfall der Hypothek auch den Bestand der persönlichen Forderung in Frage stellt, so ergibt sich, dass hierfür entscheidend ist, ob durch den Wegfall der Hypothek "d i e g e m e i n s a m e L e i s t u n g s a n w a r t s c h a f t b e r ü h r t" wird.

---

46) Vgl. Küchler, a.a.O., S. 59 u. 62.
47) Sicherungsgrundschuld, a.a.O., insbes. S. 59 u. 76.
48) v. Lübtow, a.a.O., S. 344 f.

Mit diesem Kriterium ist aber gar nichts gewonnen. Berührt der Wegfall der Hypothek durch Enteignung die gemeinsame Leistungsanwartschaft oder nicht? Wonach soll das entschieden werden?

Es ergeben sich in diesem Zusammenhang neue, bisher nicht vorgebrachte Bedenken und Einwendungen gegen die Lehre von der Zweckgemeinschaft.

a) Bei der Frage, ob bei einem hypothekarischen Rechtsverhältnis ein bei dem einen Recht eingreifendes Ereignis auch Auswirkungen auf das andere Recht hat, will die Theorie von der Zweckgemeinschaft grundsätzlich nicht von der Gestaltung des Gesetzes ausgehen, da diese von dem "irrigen Anlehnungsdogma" beeinflusst sei. Der Richter sei zwar an die Werturteile des Gesetzgebers gebunden, nicht aber an wertungsfreie Begriffskonstruktionen. Die Gesetzbestimmungen des BGB, in denen die einseitig akzessorische Natur der Hypothek zum Ausdruck komme, beruhten aber überwiegend auf einer solchen Begriffskonstruktion, die zudem von falschen Voraussetzungen ausgehe, sie besässen also keine bindende Kraft, eine "Gebotsberichtigung", durch welche die Forderung der Zweckgemeinschaft zwischen Hypothek und Forderung berücksichtigt würden, sei hier angebracht.[49)]

Unabhängig von der Gestaltung des Gesetzes soll, wie oben dargestellt wurde,[50)] für die Frage, ob ein bestimmtes Ereignis automatisch Auswirkungen auf beide Rechte habe, d a s W e s e n e i n e r Z w e c k g e m e i n s c h a f t massgebend sein, d.h. das Kriterium, ob d u r c h d a s E r e i g n i s d i e g e m e i n s a m e L e i s t u n g s a n w a r t s c h a f t bzw. das Anrecht b e r ü h r t w i r d .

Daraus ergibt sich, dass bei der Theorie von der Zweckgemeinschaft eben diese "Zweckgemeinschaft" nicht etwa nur ein Ordnungsbegriff sein soll, sondern eine Charakterisierung der besonderen Interessenlage, die bei einer Verbindung

49) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 333 f.
50) Vgl. die Ausführungen oben S. 110.

von Forderung und Hypothek vorliegt.

Heck[51] unterscheidet nämlich scharf zwei Aufgaben der Rechtswissenschaft, einmal die N o r m g e w i n n u n g und zum anderen die übersichtliche Formung und O r d n u n g des normativen Materials. Die Normgewinnung, d.h. das Vorschlagen der für die verschiedenen Konfliktsfälle zutreffenden Normen, beruhe auf der Anschauung des Lebens und den Lebensbedürfnissen. Die Rechtsgebote seien aus diesen Lebensbedürfnissen, den Interessenlagen, heraus zu erklären und diesen Interessenforderungen gemäss zu ergänzen. Für die übersichtliche Ordnung des normativen Materials durch wissenschaftliche Ordnungsbegriffe und durch Zusammenstellung dieser Begriffe in einem Rechtssystem sei dagegen der Zweck der Uebersicht und der Darstellung massgebend. Es handle sich dabei um eine der Normgewinnung zeitlich nachfolgende Aufgabe. Aus diesen Ordnungsbegriffen könnten die Rechtsnormen nicht erklärt und ergänzt werden, sondern es seien nur "Etiketten", die man "aufklebe", "wissenschaftliche Schubladen", in die man "die überlieferten und ergänzenden Normen hineinlege, um sie bei der Hand zu haben".[52]

Mit der Formel "Zweckgemeinschaft" sollen aber hinsichtlich des Verhältnisses von Forderung und Hypothek die für die Ausgestaltung des Gesetzes leitenden Lebenserscheinungen, die besondere Interessenlage, charakterisiert werden, aus dem Wesen einer Zweckgemeinschaft sollen also die im Verhältnis von Forderung und Hypothek massgebenden N o r m e n erst g e w o n n e n werden unter Ausschaltung derjenigen Bestimmungen des Gesetzes, die mit diesen Lebensbedürfnissen nicht übereinstimmen.[53]

---

51) Vgl. zum folgenden insbes. Heck, Interessenjurisprudenz, a.a.O., S. 26 ff.; ders., Begriffsbildung, a.a.O., S. 172 ff.
52) Vgl. Heck, Interessenjurisprudenz, a.a.O., S. 28.
53) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 324 ff., 333 f.

b) Handelt es sich nun um die Befriedigung des Gläubigers, so ist kein Zweifel, dass hiervon die Leistungsanwartschaft bzw. das Anrecht betroffen wird, dass hier also auf Grund der Befriedigung des Gläubigers beide Rechte, Forderung wie Hypothek, wegfallen.

Für alle anderen Fälle aber ermöglicht das Abstellen auf die Leistungsanwartschaft bzw. auf das Anrecht nur s c h e i n b a r eine Lösung.

aa) Betrachten wir z.B. die Regelung bei einem Zwangsvergleich nach der Konkursordnung (§§ 173 ff. KO). Hier wird in § 193 S. 2 KO ausdrücklich bestimmt,[54] dass trotz (teilweisem) "Erlass"[55] der Forderung die Hypothek voll geltend gemacht werden kann.

Gleichgültig nun, ob man hier die Konkursforderung in Höhe des "erlassenen" Betrages als natürliche Verbindlichkeit fortbestehend ansieht[56] oder ob man einen echten Erlass mit Wegfall jeder, auch einer abgeschwächten Rechtspflicht annimmt,[57] jedenfalls liegt hier eine Durchbrechung des Akzessorietätsprinzip vor, da das "Versagen" der persönlichen Forderung nicht auf die Hypothek ausgedehnt wird.[58]

Von den Anhängern der Theorie von der Zweckgemeinschaft wird nun die Meinung vertreten, diese Regelung könne folgerichtig nur von der Vorstellung der "Zweckgemeinschaft" her erklärt werden.[59] Das bedeutet zugleich die Behauptung, dass, wenn für den Zwangsvergleich eine spezielle

---

54) Vgl. auch § 82 Abs. 2 VerglO .
55) Vgl. den Wortlaut des Gesetzes ("Erlass") in § 196 und § 197 KO.
56) So die h.M., vgl. Jaeger II, a.a.O., § 193 Anm. 5 mit Hinweisen auf weitere Literatur und Rechtsprechung.
57) Vgl. Reichel, JhJb 59,429; Stampe, a.a.O., S. 38; v. Lübtow, a.a.O., S. 334.
59) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 329; Küchler, a.a.O., S. 65; v. Lübtow, a.a.O., S. 335.
58) Vgl. hierzu eingehend Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 329.

gesetzliche Regelung hinsichtlich des Schicksals der Hypothek im Sinne des § 193 S. 2 KO fehlen würde, diese N o r m auch u n m i t t e l b a r aus dem Gedanken der Zweckgemeinschaft g e w o n n e n werden könnte und müsste. Bei dem (teilweisen) Wegfall der persönlichen Forderung durch den Zwangsvergleich werde nämlich die Leistungsanwartschaft (das Anrecht) nicht berührt, folglich müsse in diesem Fall das andere Sicherungsmittel der Leistung (des Anrechts), also die Hypothek, erhalten bleiben.[60]

Dieser letztere Schluss wirkt zwar recht überzeugend als Deutung der nun einmal getroffenen gesetzlichen Regelung in § 193 S. 2 KO. Wäre aber diese positive Norm nicht vorhanden, so wäre bei der Normgewinnung unter dem Gesichtspunkt der Zweckgemeinschaft die Frage durchaus offen, ob durch die Herabsetzung der Forderung beim Zwangsvergleich die Leistungsanwartschaft (das Anrecht) berührt wird. Es wäre dann ja auch möglich, dass der Gesetzgeber dem Schuldner beim Zwangsvergleich eine weitergehende Bereinigung und Herabsetzung seiner Verbindlichkeiten sichern wollte in der Art, dass auch gewisse Sicherungsrechte die zukünftige wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schuldners nicht behindern sollen und deshalb ihre Geltendmachung entsprechend der Herabsetzung der persönlichen Forderungen ausgeschlossen sein soll. In diesem Fall würde dann durch einen Zwangsvergleich die Leistungsanwartschaft berührt.

bb) Das bedeutet, dass im Verhältnis von Forderung und Hypothek die Frage, ob ein Ereignis, das nur bei einem Recht eintritt, die gemeinsame Leistungsanwartschaft (Anrecht) berührt, nicht nach dem Rechtsgefühl entschieden werden kann, sondern dass e s S a c h e d e s G e s e t z g e b e r s i s t , w e l c h e n E r e i g n i s s e n e r e i n e n E i n f l u s s a u f d i e L e i s t u n g s a n w a r t s c h a f t b e i m e s s e n w i l l u n d w e l c h e n n i c h t .

---

60) Vgl. Heck, Küchler, v. Lübtow wie Anm. 59.

Der Gesetzgeber regelt aber nirgends u n m i t t e l b a r die Einwirkung irgendwelcher Ereignisse auf die "Leistungsanwartschaft". Dagegen enthält das Gesetz eingehende Vorschriften, in welcher Weise bestimmte Ereignisse ein einzelnes subjektives Recht, insbesondere die persönliche Forderung, beeinflussen. Auf diesem Weg kann der Gesetzgeber, auch im Verhältnis von Forderung und Hypothek, die Auswirkung auf die Leistungsanwartschaft m i t t e l b a r regeln. Knüpft er nämlich bei einer Zweckgemeinschaft ein anderes Recht, hier also die Hypothek, in der Regel streng an das Schicksal der persönlichen Forderung und zwar durch die akzessorische Gestaltung, dann erklärt er hiermit mittelbar, dass die Ereignisse, die die Forderung zum Wegfall bringen, eben grundsätzlich auch die Leistungsanwartschaft berühren sollen. Will er dann bei einer besonderen Sachlage einem bestimmten Ereignis, das die Forderung zum Wegfall bringt, dennoch keine Auswirkung auf die Leistungsanwartschaft zugestehen, dann bringt er das dadurch zum Ausdruck, dass er durch eine ausdrückliche Bestimmung (z.B. gerade durch § 193 S. 2 KO) das zweite Recht, hier die Hypothek, ausnahmsweise aufrechterhält. Der Gesetzgeber entscheidet also bei Rechtsgemeinschaften die Frage einer "Gesamtwirkung" nie auf dem Wege über eine Regelung der ihm unbekannten "Leistungsanwartschaft" bzw. des ihm unbekannten "Anrechts", sondern er regelt den Einfluss eines bestimmten Ereignisses auf ein konkretes subjektives Recht (z.B. die persönliche Forderung), ein damit verbundenes Recht "hängt" er dann entweder unmittelbar an das Schicksal des anderen Rechts "an" oder gibt ihm, je nachdem er es für zweckmässig hält, in gewissem Umfang ein eigenständiges rechtliches Schicksal.

c) Es ergibt sich also, dass die Formel der "Zweckgemeinschaft" nur der Zusammenfassung gewonnener Erkenntnisse, nur der O r d n u n g der normativen Gestaltung dienen kann, nicht aber - wie es die Theorie von der Zweckgemeinschaft will[61] - der N o r m g e w i n n u n g .

---

61) Vgl. oben S. 110 ff.

Ob ein bestimmtes Ereignis die Leistungsanwartschaft berührt oder nicht, kann erst "hinterher" festgestellt werden, d.h. erst nachdem eine gesetzliche Regelung darüber vorliegt, ob im Verhältnis von Forderung und Hypothek das Schicksal des einen Rechts unmittelbar dem des anderen folgt oder nicht. Es handelt sich also bei der Feststellung, dass die Leistungsanwartschaft durch ein bestimmtes Ereignis berührt bzw. nicht berührt wird, nur um eine nachträgliche "Etikettierung" einer schon in anderer Weise (nämlich durch unmittelbare Bestimmungen über das Schicksal der einzelnen Rechte) getroffenen gesetzlichen Regelung. So ist - wie ausgeführt wurde - der Schluss, dass durch den Zwangsvergleich die Leistungsanwartschaft nicht berührt wird, erst möglich, nachdem die konkrete gesetzliche Regelung des § 193 S. 2 KO vorliegt.

Für das Problem, wie sich die Enteignung des belasteten Grundstücks und der damit verbundene Wegfall der Hypothek auf die persönliche Forderung auswirkt, ist aber keine spezielle gesetzliche Regelung getroffen. Gerade in einem solchen Fall müsste aber der Gedanke der Zweckgemeinschaft seine angebliche Funktion bei der Normgewinnung erfüllen. Es wäre hierbei dann zu fragen, ob durch die Enteignung des Grundstücks und den damit verbundenen Wegfall der Hypothek die Leistungsanwartschaft berührt wird. Darauf ist aber keine eindeutige Antwort zu finden. Es handelt sich letztlich nur um eine andere Formulierung der zugrunde liegenden Frage, ob sich nämlich eine solche Enteignung auf den Bestand der persönlichen Forderung auswirkt. Zwar behauptet Küchler,[62] die Enteignung des Grundstücks und der damit verbundene Wegfall des dinglichen Rechts berühre die Leistungsanwartschaft nicht, doch geht auch diese Feststellung schliesslich wieder von der schon im Gesetz getroffenen allgemeinen Regelung aus, die eine einseitige Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung vorsieht und Veränderungen im dinglichen Bereich keine Rückwirkungen auf die persönliche Forderung beilegt. Die Aussage, dass durch eine solche Enteignung die Leistungsanwartschaft und damit die persönliche Forderung nicht betrof-

62) Küchler, a.a.O., S. 67.

fen werde, ist also nur eine andere "Etikettierung" derselben Lösung, zu der die Akzessorietätslehre kommt, nicht aber ein Ergebnis, das durch eigenständige Normgewinnung gefunden worden ist.

d) Andererseits kann auch nicht folgendermassen argumentiert werden: Die Leistungsanwartschaft sei durch die Enteignung des Grundstücks und den Wegfall der Hypothek deshalb als weggefallen anzusehen, weil die modernen wirtschaftlichen Vorstellungen eine "Gesamtwirkung" in diesen Fällen nahelegten.[63] Die Leistungsanwartschaft und ebenso auch das Anrecht sind nämlich nicht rein wirtschaftliche Begriffe; das Schicksal der Leistungsanwartschaft kann sich nicht ohne weiteres nach wirtschaftlichen Anschauungen bestimmen, sondern es soll sich aus dem Wesen einer r e c h t l i c h e n Zweckgemeinschaft ergeben;[64] ebenso stellt das Anrecht nicht eine blosse Zusammenfassung wirtschaftlicher Interessen dar, sondern es ist der Ausdruck für ein v o n d e r R e c h t s o r d n u n g a n e r k a n n t e s Interesse.[65] Auch die Theorie von der Zweckgemeinschaft sieht nicht unmittelbar wirtschaftlich angemessene Lösungen als rechtlich legitimiert an, auch sie fragt, ob die wirtschaftlichen Anschauungen von der Rechtsordnung anerkannt werden. Auch sie fühlt sich,nicht an die Bewertung des Wirtschaftslebens, aber doch an die Werturteile des Gesetzgebers gebunden.[66] Die Theorie von der Zweckgemeinschaft stellt nur insofern auf die Lebensbedürfnisse ab, als sie im Verhältnis von Forderung und Hypothek die Interessenlage durch das Vorliegen einer Zweckgemeinschaft charakterisiert ansieht; wenn sie dann aber für die Beziehungen zwischen Forderung und Hypothek die Grundsätze einer r e c h t l i -

---

63) Vgl. oben 2. Teil, 2. Abschn., IV, S. 84 ff.
64) Vgl. Küchler, a.a.O., S. 57 f., 67 f.
65) Vgl. v. Lübtow, a.a.O., S. 330.
66) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 333.

c h e n Zweckgemeinschaft[67] anwendet und hierbei mit den Begriffen Leistungsanwartschaft oder Anrecht arbeitet, so befindet sie sich hier im Bereich gesetzlicher Wertungen und berücksichtigt nicht mehr unmittelbar rein wirtschaftliche Erwägungen. Für die Frage, ob z.B. die Enteignung des Grundstücks und der Wegfall der Hypothek die Leistungsanwartschaft (Anrecht) berührt, kann also nicht massgebend sein, dass nach rein wirtschaftlichen Vorstellungen eine "Gesamtwirkung" für angemessen erachtet wird.

III. Zusammenfassend lässt sich feststellen:
Da nach der Theorie von der Zweckgemeinschaft die Hypothek nicht von vornherein der Forderung untergeordnet ist, sondern beide Rechte koordiniert erscheinen, kann bei ihr die jeweilige wirtschaftliche Bewertung - beim Realkredit die Hypothek als "Hauptrecht", beim Personalkredit dagegen die persönliche Forderung als "Hauptrecht" - grundsätzlich besser berücksichtigt werden als bei der Akzessorietätslehre.

Andererseits kann die Lehre von der Zweckgemeinschaft bei den neuerdings aktuell gewordenen Fragen einer Rückwirkung bestimmter Ereignisse im dinglichen Bereich auf den Bestand und die Zuständigkeit der persönlichen Forderung die modernen wirtschaftlichen Vorstellungen, die eine solche Rückwirkung nahelegen, - ebenso wie die Akzessorietätslehre -, nicht berücksichtigen. Sie ermöglicht überhaupt nicht eine eigenständige Lösung dieser Fragen, da sie mit dem Abstellen auf den "Wegfall der Leistungsanwartschaft (des Anrechts)" ein Kriterium schafft, bei dem doch wieder

---

67) Die Lehre von der Zweckgemeinschaft betrachtet Forderung und Hypothek als ein g e s a m t s c h u l d ä h n l i c h e s Verhältnis; die Normen über die Gesamtschuld, die eine gesetzlich geregelte Zweckgemeinschaft darstelle, werden weitgehend für analog anwendbar erklärt. (Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., insbes. S. 327, 330, 383, 389; Küchler, a.a.O., insbes. S. 35, 41, 67, 73.)

auf eine konkrete Stellungnahme des Gesetzgebers zurückgegriffen werden muss. Die Formel der "Zweckgemeinschaft" versagt hier also bei ihrer wesentlichen Funktion der Normgewinnung, sie stellt nur eine nachträgliche Deutung und Erklärung ("Etikettierung") schon ausdrücklich getroffener gesetzlicher Regelungen dar.

4. Teil

Versuch einer neuen Bestimmung des Verhältnisses von Hypothek und persönlicher Forderung

Im vorigen Teil wurde gezeigt, dass die modernen wirtschaftlichen Vorstellungen hinsichtlich des Verhältnisses von Hypothek und Forderung, die immerhin bei der Entscheidung aktueller Einzelfragen auf besonderen Rechtsgebieten auch für rechtlich beachtlich erklärt wurden, doch im ganzen weder von der Akzessorietätslehre noch von der Lehre,von der Zweckgemeinschaft befriedigend berücksichtigt werden können. Insbesondere ermöglichen diese beiden Theorien in keiner Weise eine wirtschaftlich angemessene Lösung der in der neueren Rechtsentwicklung im Vordergrund stehenden Frage einer etwaigen Rückwirkung von Ereignissen, die unmittelbar nur bei der Hypothek eintreten, auf die persönliche Forderung.

Es soll nun im folgenden versucht werden nachzuweisen, dass durchaus Gesetzesnormen vorhanden sind, mit deren Hilfe die wirtschaftlichen Anschauungen und Forderungen sich rechtlich verwirklichen lassen und dass damit die in der neueren Rechtsentwicklung aufgetretenen neuartigen Gesichtspunkte, die sich bisher nur in Sonderfällen durchsetzen konnten (vgl. 2. Teil, 1. Abschn.), ganz allgemein,berücksichtigt werden können. Bei der Anwendung dieser Normen werden sich allerdings hinsichtlich der Beziehungen von Hypothek und Forderung neue Prinzipien ergeben, die zusammengefasst zu einer neuen dogmatischen Vorstellung über das Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung führen.

1. Abschnitt: Die Anwendung von Gesamtschuldnormen auf das Verhältnis von Hypothek und persönlicher Forderung

I. Die Veränderungen der persönlichen Forderung und ihre Auswirkungen auf die Hypothek

1. Das BGB enthält ausführliche Bestimmungen für das hypothekarische Gesamtrechtsverhältnis über die Auswirkungen von Ereignissen, die unmittelbar bei der persönlichen Forderung eintreten. Die primäre Wirkung auf die persönliche Forderung wird in den schuldrechtlichen Bestimmungen des zweiten Buches des BGB eingehend geregelt, insbesondere in den Vorschriften über das Erlöschen und die Uebertragung einer Forderung. Die Beantwortung der weiteren Frage, wie nämlich die Veränderungen der persönlichen Forderung bei der Kombination mit einer Hypothek auf diese einwirken, hat das Gesetz in klarer und einfacher Weise vorgenommen: das Schicksal der Hypothek folgt dem Schicksal der Forderung; geht die Forderung unter, so fällt für den Gläubiger auch die Hypothek weg (§ 1163 Abs. 1 S. 2 BGB), wird die Forderung abgetreten, so geht auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger über (§ 1153 Abs. 1 BGB). Veränderungen der persönlichen Forderung, die ihren Bestand oder ihre Zuständigkeit betreffen, wirken also in gleicher Weise auf die Hypothek ein oder - anders ausgedrückt - wird für den Gläubiger die Geltendmachung der persönlichen Forderung unmöglich, so kann er grundsätzlich[1] auch die Hypothek nicht mehr geltend machen. Insoweit ist nach der Gestaltung des Gesetzes die Hypothek an die For-

---

1) Gegen diese grundsätzliche Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung spricht nicht, dass der Gesetzgeber einige Ausnahmen durch ausdrückliche Vorschriften vorsieht, so bei den von Heck (Sachenrecht, a.a.O., S.329) angeführten "typischen Versagensfällen" (z.B. § 193 S. 2 BO). Vgl. hierzu oben S. 14 und 114 f.

derung angelehnt, von ihr abhängig, ihr gegenüber akzessorisch.

2. Diese Abhängigkeit der Hypothek von Veränderungen der persönlichen Forderung ist im Gesetz eindeutig und unmissverständlich festgelegt und muss deshalb auch bei der Rechtsanwendung beachtet werden.[2] Auch die Feststellung, dass zwischen Forderung und Hypothek eine "Zweckgemeinschaft" bestehe, kann daran nichts ändern. Man kann der Theorie von der Zweckgemeinschaft durchaus darin folgen, dass Forderung und Hypothek eine solche Gemeinschaft bilden.[3] Auch kann man mit ihr darin einiggehen, dass insoweit Veränderungen, die bei dem einen Recht eintreten, nur dann auf das andere, in der Zweckgemeinschaft damit verbundene Recht einwirken, wenn durch die Veränderungen die gemeinsame Leistungsanwartschaft (Anrecht) berührt wird.[4] Aber ob eine bestimmte Veränderung die Leistungsanwartschaft (Anrecht) berührt oder nicht, das zu regeln muss eben Sache des Gesetzgebers bleiben.

Wie oben eingehend dargestellt wurde,[5] trifft aber der Gesetzgeber keinerlei Bestimmungen, die davon sprechen, wie sich bestimmte Ereignisse auf die Leistungsanwartschaft als solche auswirken, sondern er regelt unmittelbar die Wirkung dieser Ereignisse auf den Bestand der subjektiven Rechte (der Forderung bzw. der Hypothek) selbst. Wenn nun im Gesetz der Bestand der Hypothek (als Fremdhypothek) grundsätzlich vom Bestand der Forderung abhängig gemacht wird, so muss hier

---

2) Vgl. für viele Wolff-Raiser, a.a.O., § 132 Anm. 3; Westermann, a.a.O., § 93 II 4 c; anders die Anhänger der Theorie von der Zweckgemeinschaft (s. oben S. 11 ff.).
3) So auch Raiser a.a.O.; Westermann a.a.O.
4) Vgl. oben S. 16 ff.
5) Vgl. oben S. 114 ff.

auch die Theorie von der Zweckgemeinschaft, wenn sie gesetzestreu bleiben will,[6] davon ausgehen, dass damit der Gesetzgeber mittelbar erklärt hat, dass Veränderungen der persönlichen Forderung grundsätzlich stets die Leistungsanwartschaft berühren. Damit kommt aber die Theorie von der Zweckgemeinschaft im Ergebnis ebenso zu einer grundsätzlichen Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung wie die Akzessorietätslehre.

3. Es ergibt sich also, dass das Gesetz für die Frage der Auswirkungen von Veränderungen der persönlichen Forderung auf die Hypothek das Schicksal der Hypothek (als Fremdhypothek) grundsätzlich ganz nach dem Schicksal der Forderung bestimmt. Diese Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung ist im Gesetz durch eingehende, sorgfältige Vorschriften geregelt, so dass es schlechthin nicht möglich ist, auf irgend eine Weise darüber hinwegzugehen.[7]

---

6) Auch die Theorie von der Zweckgemeinschaft will gesetzestreu bleiben, sie fühlt sich allerdings "nur an die Werturteile des Gesetzgebers gebunden, nicht aber an wertungsfreie Begriffskonstruktionen" (Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 333). Da aber der Gesetzgeber bei der Festlegung der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung nicht als "Prinzipienreiter" vorgeht, sondern durchaus auch Ausnahmen vorsieht, in denen die Abhängigkeit der Hypothek aufgehoben wird (vgl. oben S. 121, Anm. 1), muss man in der grundsätzlichen Regelung der Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung doch auch ein W e r t u r t e i l des Gesetzgebers sehen.

7) Vgl. für viele Wolff-Raiser, a.a.O., § 132 Anm. 3; Westermann, a.a.O., § 93 II 4 c).

II. Die Veränderungen der Hypothek und ihre Auswirkungen auf die persönliche Forderung

1. a) Während also im Gesetz eingehend geregelt ist, in welcher Weise Veränderungen der persönlichen Forderung auf die Hypothek einwirken, enthält das BGB keine hypothekenrechtlichen Vorschriften darüber, ob und in welchem Umfang Veränderungen, die unmittelbar nur bei der Hypothek eintreten (also z.B. Wegfall der Hypothek für den Gläubiger ohne gleichzeitigen Wegfall der Forderung), Auswirkungen für die persönliche Forderung nach sich ziehen.

Nach der Akzessorietätslehre beruht das Fehlen solcher Bestimmungen darauf, dass das Gesetz eine einseitige Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung festgelegt habe, dass sich also aus Veränderungen der Hypothek niemals Rückwirkungen auf die persönliche Forderung ergeben könnten.[8] Dagegen ist zu sagen, dass ja nicht einmal der häufige Fall der Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück durch Ausübung der Hypothek (§ 1181 BGB) insoweit gesetzlich geregelt ist; es wird hier nur bestimmt, dass die Hypothek erlischt, die Auswirkung dieses Wegfalls der Hypothek auf die persönliche Forderung bleibt im Gesetz offen. Dennoch nimmt in diesem Fall jedermann an, dass auch die Forderung erlischt,[9] zur Begründung wird aber auf einmal auch von den Anhängern der Akzessorietätslehre die Vorstellung einer Zweckgemeinschaft von Hypothek und Forderung herangezogen.[10]

---

8) Vgl. oben S. 4 und S. 95, Anm. 11.
9) Das gilt jedenfalls dann, wenn Schuldner und Eigentümer identisch sind, vgl. Wolff-Raiser, a.a.O., § 134 IV 4; Westermann, a.a.O., § 108, IV 2.
10) Vgl. für viele Westermann, a.a.O., § 103 Anhang.

Wesentlicher ist jedoch in diesem Zusammenhang, dass die wirtschaftlichen Vorstellungen, insbesondere angesichts der dominierenden Stellung der Hypothek im modernen Wirtschaftsleben und angesichts ihrer wirtschaftlichen Struktur als Beteiligung am Grundeigentum, darauf drängen,[11] auch den Veränderungen, die unmittelbar nur bei der Hypothek und beim belasteten Grundstück eintreten, Bedeutung für die persönliche Forderung beizumessen. Wie dargestellt wurde,[12] wurde auch in Gesetzgebung und Rechtsprechung bei aktuellen Einzelfragen auf Sonderrechtsgebieten versucht, diesen wirtschaftlichen Anschauungen bei der rechtlichen Beurteilung zum Durchbruch zu verhelfen.

b) Das genügt jedoch nicht. Es ist die Frage zu stellen, ob es nicht Normen ausserhalb des Hypothekenrechts gibt, die hier entsprechend angewandt werden könnten und mit denen g a n z a l l g e m e i n die in wirtschaftlicher Sicht notwendige Anerkennung solcher Rückwirkungen von der Hypothek auf die persönliche Forderung rechtlich durchgesetzt werden könnte.
Um es noch einmal klar festzustellen: die Frage einer analogen Anwendung von Normen ausserhalb des Hypothekenrechts auf das Verhältnis von Forderung und Hypothek ist nicht zu prüfen hinsichtlich der Veränderungen der persönlichen Forderung und deren Auswirkungen auf die Hypothek, denn hier liegt eine eingehende gesetzliche Regelung vor. Dagegen ist eine solche Untersuchung angebracht bezüglich der V e r ä n d e r u n g e n d e r H y p o t h e k u n d d e r e n e t w a i g e A u s w i r k u n g e n a u f d i e p e r s ö n l i c h e F o r d e r u n g , denn insoweit stehen keinerlei hypothekenrechtliche Gesetzesvorschriften einer möglichen analogen Anwendung anderer Gesetzesbestimmungen entgegen.

2. a) Bei der Suche nach entsprechend anwendbaren Gesetzesnormen kann ein wesentlicher Anhaltspunkt in der Tat-

---

11) Vgl. oben S. 84 ff.
12) Vgl. oben 2. Teil, 1. Abschn., S. 20 ff.

sache gefunden werden, dass Hypothek und gesicherte Forderung eine "Z w e c k g e m e i n s c h a f t" zur Sicherung und Befriedigung desselben Gläubigerinteresses bilden.[13]

Bei der Kombination von Forderung und Hypothek hat der Gläubiger zwei Rechte inne, die demselben Zweck dienen: der Gläubiger soll wegen einer ihm zustehenden bestimmten Geldsumme befriedigt werden.[14] Die persönliche Forderung soll eine dem Gläubiger günstige Leistung herbeiführen, mit ihr verbunden ist ein Zugriffsrecht auf das gesamte schuldnerische Vermögen. Auch die Hypothek soll die Herbeiführung einer solchen Leistung - die Zahlung einer bestimmten Geldsumme an den Gläubiger - ermöglichen, sie enthält aber nur ein Zugriffsrecht auf einen einzelnen Vermögensgegenstand, nämlich das Grundstück. Forderung und Hypothek sind demnach jede für sich allein auf die Verschaffung einer bestimmten Geldsumme gerichtet, dennoch steht hierbei dem Gläubiger die Geldsumme nur einmal zu.[15] Mit der Bestellung der Hypothek wird also das "Gläubigerinteresse" (die "Leistungsanwartschaft", das "Anrecht") nicht verdoppelt, sondern nur doppelt gesichert. Der Gläubiger soll zwei Zwangsmittel haben, um e i n e Leistung zu erhalten.[16]

b) Ein solcher Zusammenhang zweier Rechte findet sich auch sonst häufig im bürgerlichen Recht, z.B. bei der Gesamtschuld, im Verhältnis von abstraktem Schuldversprechen und der zugrunde liegenden Kausalforderung (z.B. beim Sicherungswechsel) und bei der elektiven Anspruchskonkurrenz. Alle diese Rechtsgemeinschaften sind dadurch gekennzeichnet,

---

13) Auch die Anhänger der Akzessorietätslehre bestreiten nicht das Vorliegen einer solchen Zweckgemeinschaft im Verhältnis von Hypothek und Forderung (s.o.S.122, Anm. 3). Sie lehnen nur die rechtlichen Konsequenzen ab, die von der Theorie von der Zweckgemeinschaft aus dieser Tatsache gezogen werden.

14) Küchler, a.a.O., S. 31; Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 327.

15) Küchler, a.a.O., S. 32; Heck, Sachenrecht, a.a.O., S, 327.

16) Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 327.

dass dem Gläubiger mehrere Rechte zustehen, die aber alle nur eine einmalige Leistung an ihn sichern, unter den Rechten besteht also eine Gemeinschaft des Zweckes.[17]

c) Weitgehend besteht aber hinsichtlich dieser "Zweckgemeinschaften" keine gesetzliche Regelung. Die einzige gesetzlich geregelte Zweckgemeinschaft, deren Normen in analoger Anwendung auch für die Zweckgemeinschaft von Hypothek und Forderung massgebend sein könnten, stellt das Gesamtschuldverhältnis (§§ 421 ff. BGB) dar.[18]

3. Es ist nun zu prüfen, ob die Hypothek mit der Forderung ein gesamtschuldähnliches Verhältnis bildet, auf das die Gesamtschuldnormen (allerdings nur für die Frage der Auswirkungen von Veränderungen der Hypothek auf die persönliche Forderung) entsprechend angewandt werden können.

a) Es entspricht dem Wesen einer Zweckgemeinschaft von mehreren Rechten, dass die Befriedigung des Gläubigers auf alle Rechte einwirkt und dass hierbei dem Gläubiger kein Recht verbleiben kann.[19] Für die Zweckgemeinschaft, die bei einer Gesamtschuld - also bei mehreren persönlichen For-

---

17) Vgl. Küchler, a.a.O., S. 32; Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 327.

18) So Heck, Sachenrecht, a.a.O., insbes. S. 330 f.; Küchler, a.a.O., S. 35, 41 ff., 67 ff., 73. Nicht möglich ist dagegen für das Verhältnis von Hypothek und Forderung eine Analogie zu der anderen gesetzlich geregelten Form einer Zweckgemeinschaft, der Bürgschaft. Während nämlich im Verhältnis von Hypothek und Forderung das Innenverhältnis ganz verschieden ausgestaltet sein kann (der Eigentümer ist häufig dem persönlichen Schuldner gegenüber zur Zahlung verpflichtet), wird bei der Bürgschaft eine bestimmte Innenbeziehung unterstellt. Die sachlich zutreffende Analogie zum Verhältnis von Hypothek und Forderung kann daher nur die Gesamtschuld darstellen, die eine verschiedene Regelung des Innenverhältnisses ermöglicht (vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 330 f.).

19) Vgl. Küchler, a.a.O., S. 39,41; Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 328.

derungen gegen mehrere Schuldner - vorliegt, ist diese Wirkung ausdrücklich in § 422 BGB angeordnet. Sie kommt z.B. in Frage bei einem Sicherungswechsel; übernimmt hier ein Dritter die Kaufpreisschuld des Käufers, der seinem Gläubiger einen Sicherungswechsel gegeben hat, so entsteht ein Gesamtschuldverhältnis von Kaufpreis- und Wechselforderung.[20]

Dieselbe I n t e r e s s e n l a g e ist aber im Verhältnis von Forderung und Hypothek gegeben;[21] das gilt jedenfalls dann, wenn der persönliche Schuldner und der Grundstückseigentümer verschiedene Personen sind; von dieser Fallgestaltung wird zunächst ausgegangen.

b) Weiter ist zu beachten,[22] dass bei einer Gesamtschuld heute n i c h t mehr eine G l e i c h a r t i g k e i t der einzelnen Forderungen vorausgesetzt wird, sie können untereinander sehr verschieden sein. Enneccerus - Lehmann[23] führen hierzu aus, dass z.B. die eine Forderung bedingt, die andere unbedingt sein könne, oder es könnten beide von verschiedenen Bedingungen abhängen. Ebenso könnten sich die Forderungen durch die Zeit der Fälligkeit, durch den Leistungsort oder andere Modalitäten, ja sogar durch den Inhalt der Leistung unterscheiden. Es sei ferner möglich, dass die eine Forderung prinzipal und die andere akzessorisch sei.

Auch ein g e m e i n s c h a f t l i c h e r E n t s t e h u n g s g r u n d für die einzelnen Obligationen der Gesamtschuld wird nicht mehr für erforderlich gehalten.[24]

---

20) Küchler, a.a.O., S. 41.
21) Vgl. die Ausführungen oben unter 2, S. 125 ff.
22) Vgl. Küchler, a.a.O., S. 41.
23) Enneccerus - Lehmann, a.a.O., § 91 II; vgl. auch R. Schmidt, JhJb 72,49.
24) Vgl. Küchler, a.a.O., S. 41; Planck-Siber, § 421 Anm. 1 b.

c) Gegen eine analoge Anwendung von Gesamtschuldnormen auf das Verhältnis von Hypothek und Forderung kann demnach nur noch eingewendet werden, dass bei einem hypothekarischen Rechtsverhältnis der E i g e n t ü m e r in Wirklichkeit n i c h t s c h u l d e , s o n d e r n lediglich h a f t e , und folglich nicht als Schuldner im Sinne des § 421 BGB angesehen werden könne.
Mit diesem Einwand hat sich K ü c h l e r eingehend auseinandergesetzt und überzeugend nachgewiesen, dass er nicht begründet ist. Er führt hierzu aus:[25]

aa) Eine Gegenüberstellung der normalen Schuldverbindlichkeit und der Hypothek zeige, dass der Charakter der Hypothek der Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses nicht im Wege stehe.

Wesentlich für die Entscheidung, ob Forderung und Hypothek ein Gesamtschuldverhältnis bilden könnten, sei allerdings, welche Auffassung man vom Wesen der Verbindlichkeit und von dem der Hypothek habe. Wenn man den Hartmannschen Obligationsbegriff[26] zugrunde lege, wonach das Gläubigerbekommensollen der Hauptinhalt des Schuldverhältnisses sei und demgegenüber alle Mittel, die der Befriedigung des Bekommensollens dienten (persönliche Haftung, gegenständlich beschränkte Haftung, reine Sachhaftung), unerheblich seien, müsse die Hypothek ohne weiteres zu den Schuldverhältnissen gerechnet werden. Ebenso sei es bei Zugrundelegung des Binderschen Obligations- und Pfandrechtsbegriffs,[27] wonach die Haftung des Schuldners den einzigen

---

25) Vgl. Küchler, a.a.O., S. 42 ff. Seine Ausführungen beziehen sich allerdings unmittelbar auf die Sicherungsgrundschuld, sie haben aber, soweit es sich um die analoge Anwendung von Gesamtschuldnormen handelt, in gleicher Weise Bedeutung auch für das Verhältnis von Hypothek und Forderung, denn Küchler selbst bezeichnet die Hypothek mit der persönlichen Forderung als ein "gesamtschuldähnliches Verhältnis" (a.a.O., S. 73).
26) Vgl. Hartmann, Die Obligation, a.a.O., S. 69, 119 ff.
27) Vgl. Binder, JhJb 77,177 ff.

Rechtsinhalt der Obligation bilde und die freiwillige Leistung des Schuldners nur die Bedeutung einer Haftungsablösung habe. Ebenso verhalte es sich auch, wenn man der Auffassung folge, dass die Hypothek eine Realobligation darstelle,[28] da dann der Eigentümer wie jeder Schuldner aus der belasteten Sache "schulde".

bb) Für die hier zu entscheidende Frage müsse aber sowohl in bezug auf das Wesen der Verbindlichkeit als auch auf das der Hypothek von der herrschenden Auffassung ausgegangen werden.

Danach sei das S c h u l d v e r h ä l t n i s seinem Inhalt nach auf Herbeiführung eines dem Gläubiger günstigen Schulderfolges gerichtet. Dieser Erfolg sei doppelt gesichert, durch die Schuld und durch die Haftung. Unter Schuld sei zu verstehen die schuldnerische Willensgebundenheit, die wieder in erster Linie Erfüllungspflicht, in zweiter Linie Einstandspflicht (also die Pflicht des Schuldners, die Folgen der Nichterfüllung, Schlechterfüllung und Zuspäterfüllung auf sich zu nehmen) sei. Haftung bedeute die Unterworfenheit des schuldnerischen Vermögens unter das Zugriffsrecht des Gläubigers, das diesen berechtige, sich in den Formen der Zwangsvollstreckung in das Schuldnervermögen zu befriedigen.

Die H y p o t h e k andererseits sei nach der herrschenden Lehre[29] lediglich ein absolutes, dingliches Herrschaftsrecht an der belasteten Sache, das auf deren Verwertung gerichtet sei. Das Bestehen eines schuldrechtlichen Anspruchs gegen den Eigentümer auf Leistung werde abgelehnt.

cc) Für die Frage, o b d i e H y p o t h e k i n g e w i s s e r B e z i e h u n g a l s S c h u l d v e r h ä l t n i s b e h a n d e l t w e r-

---

28) Vgl. insbes. Crome, a.a.O., § 460; Fuchs, Grundbegriffe des Sachenrechts, a.a.O., S. 89 ff.
29) Vgl. für die h.M. Wolff-Raiser, a.a.O., § 131; Westermann, a.a.O., § 94 II 3.

d e n k ö n n e , sei nun entscheidend, inwieweit bei ihr trotz ihrer dinglichen Ausgestaltung die für die Verbindlichkeit charakteristischen Merkmale: Leistungsanwartschaft, Leistungspflicht (Erfüllungspflicht, Einstandspflicht) und Haftung, vorhanden seien.

Die Hypothek erstrebe, wie die normale Verbindlichkeit, ihrem Inhalt und Zweck nach die Herbeiführung eines dem Gläubiger günstigen Schulderfolges. Hinsichtlich des Gläubigerbekommensollens stehe also die Hypothek der normalen Verbindlichkeit völlig gleich. Während aber bei dieser die Leistungsanwartschaft primär durch die Leistungspflicht des Schuldners und erst sekundär durch die Haftung gesichert sei, bilde bei der Hypothek die Haftung des Eigentümers die Hauptsicherung.[30] Der Eigentümer eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks werde nicht erst zur Leistung, sondern unmittelbar zur Duldung der sich aus der Haftung ergebenden Zwangsvollstreckungsbefugnis des Gläubigers verurteilt.

Wichtig sei aber nun, dass bei der Hypothek an die Stelle der Leistungspflicht die Befugnis des Eigentümers zur Ablösung trete. Der Eigentümer sei zur freiwilligen Zahlung berechtigt (§ 1142 BGB). Wenn er dieses Ablösungsrecht ausübe, werde er genau wie der Schuldner einer normalen Verbindlichkeit behandelt, d.h. so, wie wenn er zur Leistung verpflichtet gewesen wäre. Das zeige sich z.B. darin, dass er die Befriedigung des Gläubigers auch durch Aufrechnung und Hinterlegung herbeiführen könne und dass der Gläubiger in Annahmeverzug komme, wenn er die angebotene Geldsumme nicht annehme. Bei einer solchen freiwilligen Leistung liege zwar keine echte Erfüllung im Sinne einer vollen Inhaltsverwirklichung des Rechtes vor, aber es werde doch bewirkt, dass der Hauptinhalt, die Haftungsverwirklichung, gegenstandslos werde. Der Eigentümer werde sogar insoweit als leistungspflichtiger Schuldner behandelt, dass er nach § 1146 BGB in Verzug kommen könne,

---

30) Vgl. Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung, a.a.O., S. 68.

so dass ihn, obwohl er nicht erfüllungspflichtig sei, doch die Einstandspflicht dafür treffe, dass er nicht rechtzeitig geleistet habe. Auch sonst fasse das Gesetz den Eigentümer als Leistungspflichtigen auf: Er könne gemahnt werden (§ 1160 BGB); in § 952 BGB werde der Hypothekenbrief als eine Urkunde, kraft deren eine Leistung "gefordert" werden könne, bezeichnet; in den §§ 592, 688, 794 Z. 5 ZPO werde von dem Anspruch aus einer Hypothek als von "einem Anspruch, der die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstand hat", gesprochen.

Wenn dennoch zwischen Verbindlichkeit und Hypothek durch das Fehlen einer Leistungspflicht des Eigentümers ein geringer Unterschied bestehen bleibe, so könne das doch insofern unbeachtet bleiben, als auch für die schuldrechtliche Verbindlichkeit einmal die schuldnerische Leistungspflicht keineswegs begriffsnotwendig sei und zum andern eine gegenständlich beschränkte Haftung nicht gegen ihr Wesen verstosse.

Hinsichtlich der Leistungspflicht seien die verschiedensten Abstufungen möglich. Es gebe sogar Verbindlichkeiten, bei denen eine positive Leistungspflicht völlig fehle; das sei der Fall bei solchen Verbindlichkeiten, bei denen der Schuldinhalt lediglich in einem Handelndürfen des Gläubigers, d.h. darin bestehe, dass der Schuldner eine Handlung des Gläubigers dulden müsse (z.B. bei Gebrauchs-, Nutzungs- und Aneignungsansprüchen), der Schulderfolg also vom Gläubiger selbst herbeigeführt werde. Ob einem Recht Schuldcharakter zukomme, lasse sich also nicht danach entscheiden, ob der erstrebte Schulderfolg vorwiegend vom Gläubiger oder vom Schuldner herbeigeführt werde.[31]

---

31) Vgl. Boehmer, Erbfolge und Erbenhaftung, a.a.O., S. 68 ff.

Auch hinsichtlich der H a f t u n g s f o r m e n seien bei den Verbindlichkeiten grosse Verschiedenheiten möglich. Es gebe Schuldverhältnisse, bei denen jede Haftung fehle (z.B. bei höchstpersönlichen Handlungspflichten, so beim Verlöbnis). Ausserdem gebe es solche, bei denen die Haftung beschränkt sei. Diese Beschränkung könne bedeuten, dass bei voller Leistungspflicht nur ein Sondervermögen hafte (z.B. Verbindlichkeiten, für die nur das Vorbehaltsgut der Frau hafte). Die Haftungsbeschränkung auf ein Sondervermögen könne aber auch eine solch starke Form annehmen, dass die persönliche Leistungspflicht aufhöre und der Inhalt der Verbindlichkeit nur von dem Haftungsinhalt erfüllt sei; der Schulderfolg sei dann - genau wie bei der Hypothek - lediglich durch die Befugnis des Gläubigers gesichert, sich im Wege der Zwangsvollstreckung in ein Sondervermögen zu befriedigen (z.B. die Haftung des Vermögensübernehmers nach § 419 BGB, wenn er das übernommene Vermögen nach den §§ 1990, 1991 BGB zur Vollstreckung herausgebe).

Es komme hinzu, dass auch vom Standpunkt des p r a k t i s c h e n L e b e n s aus die Gleichstellung der Hypothek mit einer Verbindlichkeit eine Selbstverständlichkeit sei. Wenn nämlich der Schuldner bzw. der Eigentümer zahlungsfähig und zahlungswillig sei, so habe die Ablösungsbefugnis bei einer Hypothek in gleicher Weise wie die persönliche Schuldpflicht bei einer Verbindlichkeit zur Folge, dass der Gläubiger durch freiwillige Leistung befriedigt werde. Bei einem zahlungsunfähigen oder zahlungsunwilligen Schuldner dagegen komme es doch in jedem Falle bei beiden Rechten zur Haftungsverwirklichung oder wenigstens zu deren Versuch. Auch in der Vorstellungswelt des praktischen Lebens habe der Eigentümer die gleiche Stellung wie der normale Schuldner. Dass er rechtlich nicht zahlen, sondern nur die Zwangsvollstreckung dulden müsse und seine Zahlung nur den Zweck einer Abwendung der Zwangsvollstreckung habe, sei eine dem juristisch nicht gebildeten Verstand fremde Auffassung. Für ihn sei es selbst-

verständlich, dass der Eigentümer leisten müsse, bei Verschiedenheit von Eigentümer und persönlichem Schuldner jedenfalls dann, wenn dieser versage.

d) Die sorgfältig begründeten und überzeugenden Ausführungen Küchlers ergeben somit, dass es berechtigt ist, die Hypothek in gewisser Beziehung als Schuldverhältnis zu behandeln und auch den Eigentümer des mit einer Hypothek belasteten Grundstücks als Schuldner i. S. des § 421 BGB anzusehen.

Zusammenfassend (vgl. oben die Ausführungen unter a) - c) lässt sich nun also feststellen, dass Hypothek und Forderung, jedenfalls bei Verschiedenheit von Eigentümer und persönlichem Schuldner, ein gesamtschuldähnliches Verhältnis bilden,[32] auf das, soweit das BGB bei der Behandlung der Hypothek keine gesetzliche Regelung getroffen hat, die Normen über die Gesamtschuld (§§ 421 ff. BGB) entsprechend angewandt werden können.

e) Zu prüfen bleibt noch, ob dieses Ergebnis auch aufrechterhalten werden kann für den Fall der Identität von Eigentümer und persönlichem Schuldner.

aa) Hierbei muss beachtet werden, dass das Bestehen eines Gesamtschuldverhältnisses nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass in der Person eines Gesamtschuldners zwei Verpflichtungen bestehen.[33] Dieser Fall kann z.B. eintreten, wenn ein Gesamtschuldner den anderen beerbt und

---

32) So ausdrücklich für das Verhältnis von Hypothek und Forderung: Küchler, a.a.O., S. 73; Heck, Sachenrecht, a.a.O., insbes. S. 330; ebenso RG HRR 1931 Nr. 494.

33) Vgl. Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 76 u.§ 94 Anm.7; Soergel-Schmidt, § 425 Anm. 6.

kann insbesondere wegen der Ausgleichspflicht und wegen der für die eine oder die andere der Verbindlichkeiten etwa bestehenden Sicherungen bedeutsam werden.[34)]

bb) Wesentlich ist auch, dass die Gesamtschuld die einzige gesetzlich geregelte Zweckgemeinschaft darstellt, die hier überhaupt für eine analoge Anwendung in Frage kommen kann;[35)] ein Vergleich des Verhältnisses von Hypothek und Forderung z.B. mit der Zweckgemeinschaft, die ein Sicherungswechsel und die von ihm gesicherte Forderung bilden, der an sich wohl bei Identität von persönlichem Schuldner und Eigentümer näherläge, ist, da hier eine gesetzliche Regelung fehlt, zwecklos.

cc) Auch bei Identität von persönlichem Schuldner und Eigentümer bilden Forderung und Hypothek in gleicher Weise eine Zweckgemeinschaft wie bei Verschiedenheit dieser beiden Personen. Die Interessenlage bei einem hypothekarischen Rechtsverhältnis mit Identität von Schuldner und Eigentümer stimmt ausserdem völlig mit der eines Gesamtschuldverhältnisses überein, bei dem zwei Verbindlichkeiten in der Person eines Gesamtschuldners bestehen (vgl. oben aa). Die Ähnlichkeit und Vergleichbarkeit beider Tatbestände wird noch deutlicher, wenn man den oben genannten Fall, dass bei einem Gesamtschuldverhältnis ein Gesamtschuldner den anderen beerbt, dahingehend erweitert, dass der Gesamtschuldner - Erbe bezüglich der zweiten Obligation (Nachlassverbindlichkeit) die Haftung auf den Nachlass (der überdies nur in einem einzigen Gegenstand bestehen kann) beschränkt. Die Stellung eines solchen Gesamtschuldners, bei dessen zweiter Obligation eine gegenständlich beschränkte Haftung besteht, ist fast identisch mit der des Schuldner-Eigentümers bei einem hypothekarischen Rechtsverhältnis.

---

34) Vgl. Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 94 Anm. 7.
35) Vgl. oben S. 127, Anm. 18.

dd) Im übrigen gelten die oben für den Fall der Verschiedenheit von Schuldner und Eigentümer zur Begründung einer analogen Anwendung der Gesamtschuldnormen gemachten Ausführungen in gleicher Weise auch hier, so dass auch bei Identität von Schuldner und Eigentümer der Annahme eines gesamtschuldähnlichen Verhältnisses hinsichtlich des Verhältnisses von Hypothek und Forderung nichts im Wege steht.

4. Abschliessend kann gesagt werden: Die Frage, ob und inwieweit sich Veränderungen, die unmittelbar nur bei der Hypothek und beim belasteten Grundstück eintreten, auf die persönliche Forderung auswirken, ist im Gesetz innerhalb der hypothekenrechtlichen Bestimmungen nicht geregelt. Für diese Fälle ist aber eine entsprechende Anwendung der Gesamtschuldnormen möglich, da Hypothek und Forderung ein gesamtschuldähnliches Verhältnis bilden.(Eine derartige analoge Anwendung kommt dagegen nicht in Betracht im umgekehrten Fall, nämlich für die Frage der Auswirkungen von Veränderungen der persönlichen Forderung auf die Hypothek, da hier eine eingehende gesetzliche Regelung schon vorliegt.)

2. Abschnitt: Die allgemeine Anerkennung von Rückwirkungen von der Hypothek auf die persönliche Forderung

A. Die analoge Anwendung von § 425 BGB.

I. Die Bedeutung des § 425 BGB für die Frage der Auswirkungen von Ereignissen, die unmittelbar nur bei der Hypothek eintreten, auf die persönliche Forderung

1. Wenn man die Gesamtschuldvorschriften bei Veränderungen, die unmittelbar nur bei der Hypothek eintreten,[36] entsprechend anwendet, so zeigt sich schon bei einer allgemein anerkannten Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung, wie z.B. im Falle der Ausübung der Hypothek durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück (§ 1181 BGB), dass hier mit den Gesamtschuldbestimmungen eine einfache gesetzliche Begründung möglich ist.

Es ist ganz unbestritten, dass bei Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück durch Ausübung der Hypothek nicht nur die Hypothek (§ 1181 BGB), sondern auch die Forderung erlischt oder auf den Eigentümer (wenn dieser vom persönlichen Schuldner verschieden ist) übergeht. Bei entspre-

---

36) Für die Frage einer Auswirkung auf die persönliche Forderung werden hier nur diejenigen Fälle untersucht, in denen Ereignisse und Veränderungen u n m i t t e l b a r a l l e i n bei der Hypothek eintreten. Nicht hierher gehören also Veränderungen der Hypothek, die sich im Zusammenhang mit Veränderungen der persönlichen Forderung ergeben, denn insoweit liegt eine eingehende Regelung des Gesetzes i.S. einer Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung vor. Vgl. oben 1. Abschn., I, S. 121 ff.

chender Anwendung der Gesamtschuldnormen lässt sich eine solche Rückwirkung ohne weiteres mit § 422 Abs. 1 und mit § 426 Abs. 2 BGB begründen.

2. Für das Gesamtschuldverhältnis ist jedoch die Frage, ob eine bei e i n e r Gesamtschuldverbindlichkeit eintretende Tatsache (Ereignis) in ihrer Auswirkung auf diese beschränkt bleibt oder ob sie "Gesamtwirkung" besitzt (d.h. auch für die anderen Verbindlichkeiten in gleicher Weise Bedeutung hat), ganz allgemein (die §§ 422 - 424 BGB bilden nur Spezialfälle) in § 425 Abs. 1 BGB geregelt. Dieser Vorschrift kommt somit auch für die analoge Anwendung auf das Verhältnis von Hypothek und Forderung[37] die zentrale Bedeutung zu; h i e r n a c h m u s s g r u n d s ä t z l i c h b e s t i m m t w e r d e n , o b e i n e V e r ä n d e r u n g d e r H y p o t h e k n u r e i n e "E i n z e l w i r k u n g"[38] ergibt, d.h. n u r d i e H y p o t h e k b e r ü h r t , o d e r o b s i e e i n e R ü c k w i r k u n g a u f d i e p e r s ö n l i c h e F o r d e r u n g , a l s o e i n e "G e s a m t w i r k u n g" in der Terminologie des Gesamtschuldrechts, n a c h s i c h z i e h t .

a) § 425 Abs. 1 BGB ordnet für die Gesamtschuldverhältnisse an, dass Ereignisse, die in der Person einzelner Gesamtschuldner eintreten, also unmittelbar nur e i n e der Gesamtschuldverbindlichkeiten betreffen, auch nur auf diese eine Verbindlichkeit einwirken, "s o f e r n s i c h

---

37) Vgl. hinsichtlich der analogen Anwendung des § 425 BGB auf das Verhältnis von Hypothek und Forderung in einem Einzelfall auch RG HRR 1931 Nr. 494.

38) Die Bezeichnung "Einzelwirkung" soll für das Verhältnis von Hypothek und Forderung dem entsprechen, was man im Gesamtschuldrecht unter "persönlicher (subjektiver) Wirkung" versteht. Der Begriff "Gesamtwirkung" ("gesamtbefreiende und -verändernde, absolut wirkende Umstände"), der hier verwendet wird, findet sich dagegen in gleicher Weise schon im Gesamtschuldrecht.

nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt". Daraus erhellt, dass es durchaus Veränderungs- und Aufhebungsgründe gibt, die unmittelbar nur eine einzelne Obligation des Gesamtschuldverhältnisses berühren, die dann aber dennoch eine "Gesamtwirkung" für die übrigen Obligationen nach sich ziehen. Ob ein solcher Fall vorliegt, soll sich "aus dem Schuldverhältnis" ergeben, also entweder aus dem Wesen des Gesamtschuldverhältnisses, d.h. aus dem Gesamtinhalt und Zweck des konkreten Rechtsverhältnisses, oder aus einer besonderen Vereinbarung.[39]

b) Bei analoger Anwendung des § 425 BGB auf das Verhältnis von Hypothek und Forderung[40] bedeutet das: Veränderungen, die unmittelbar nur bei der Hypothek eintreten, bleiben auf diese beschränkt; aus dem Wesen des konkreten hypothekarischen Gesamtrechtsverhältnisses, d.h. aus dem Gesamtinhalt und Zweck der konkreten Kombination von Hypothek und Forderung, kann sich aber ergeben, dass eine solche Veränderung eine "Gesamtwirkung" bewirkt, d.h. dass in diesem Falle dann notwendigerweise eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung eintritt. Ob also der Wegfall der Hypothek für die Gläubiger[41] (als ein

39) Vgl. insbes. Enneccerus-Lehmann, a.a.O., § 93 IV und § 94 I; Staudinger-Werner, § 425 Anm. II; Planck-Siber, § 425 Anm. 2; Oertmann, a.a.O., § 425 Anm.2; Palandt-Danckelmann, § 425 Anm. 1 c).

40) Eine analoge Anwendung des § 425 BGB auf das Verhältnis von Hypothek und Forderung kommt allerdings, wie oben eingehend begründet wurde (vgl. 1. Abschn., S.121 ff.), nur in Betracht für die Frage der Auswirkungen von Veränderungen der Hypothek auf die persönliche Forderung, nicht aber umgekehrt hinsichtlich der Auswirkungen von Veränderungen der persönlichen Forderung auf die Hypothek.

41) Die Frage einer Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung wird im folgenden nur für diejenigen unmittelbar bei der Hypothek eintretenden Ereignisse untersucht, die zum "Wegfall der Hypothek für den Gläubiger" (s.o. S.87, Anm. 167) führen. Die wirtschaftlichen Vorstellungen

unmittelbar nur bei der Hypothek eintretendes Ereignis) auch zum Wegfall der persönlichen Forderung für den Gläubiger führt, bestimmt sich danach, ob sich eine solche "Rückwirkung" aus dem W e s e n d e s k o n k r e t e n V e r h ä l t n i s s e s v o n H y p o t h e k u n d F o r d e r u n g ergibt.

aa) Es wird im folgenden nur auf diejenigen Fälle der Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung eingegangen, die durch das W e s e n des hypothekarischen Rechtsverhältnisses vorgeschrieben sind. Dass eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung kraft einer besonderen A b r e d e eintreten kann, wurde noch nie bestritten; es ist ohne weiteres möglich, dass z.B. der Gläubiger mit dem persönlichen Schuldner vereinbart, die persönliche Forderung nicht geltend zu machen, wenn ihm die Hypothek verlorengehen sollte.[42)]

bb) Zu beachten ist, dass es für die Frage, ob eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung in analoger Anwendung des § 425 BGB anzunehmen ist, auf das Wesen des k o n k r e t e n Verhältnisses von Hypothek und Forderung ankommt.

---

drängen eben nur insoweit zur rechtlichen Anerkennung einer Rückwirkung; sie lassen sich dahin zusammenfassen: wird für den Hypothekengläubiger (bei einem echten Realkredit) die Geltendmachung der Hypothek unmöglich, so soll er auch die persönliche Forderung nicht mehr geltend machen können. Vgl. oben S. 84 ff. und 87 ff.

42) Hier ist aber nur der Fall gemeint, dass ein Hypothekengläubiger mit dem persönlichen Schuldner, obwohl sich eine Rückwirkung aus dem W e s e n des konkreten Verhältnisses von Hypothek und Forderung n i c h t notwendigerweise ergibt, dennoch eine solche besonders v e r e i n b a r t . Zu beachten ist aber, dass, wenn umgekehrt eine Rückwirkung durch das Wesen des konkreten Verhältnisses von Hypothek und Forderung festgelegt ist, diese Bestimmung nicht ohne weiteres durch eine besondere Vereinbarung umgangen werden kann. Vgl. hierüber unten S.153 ff.

Auch die Theorie von der Zweckgemeinschaft betont immer wieder, dass Forderung und Hypothek ein gesamtschuldähnliches Verhältnis bilden.[43] Aber sie verbaut sich selbst den Weg zu einer sinnvollen entsprechenden Anwendung der Gesamtschuldvorschriften, indem sie hierbei stets das unsichere Kriterium der Auswirkung bestimmter Ereignisse auf die "Leistungsanwartschaft" ("Gläubigerinteresse", "Anrecht") mit ins Spiel bringt.

Dadurch kommt auch Küchler, der als einziger überhaupt die Bestimmung des § 425 BGB kurz erwähnt, zu einer unzutreffenden Auslegung dieser Vorschrift. Er führt hierzu aus:[44] Die Wirkung der bei einer Gesamtschuldforderung eintretenden Ereignisse sei nach § 425 BGB auf diese beschränkt, jedoch nur, "soweit sich nicht aus dem Gesamtschuldverhältnis ein anderes ergibt". Das geschehe aber, "wenn ein Ereignis die allen Forderungen gemeinsame Leistungsanwartschaft des Gläubigers unmittelbar berührt". Küchler versteht also den Satz "soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt" dahingehend, als ob hier zu prüfen sei, wie ein bestimmtes Ereignis auf die Leistungsanwartschaft und damit auf das Gesamtschuldverhältnis als a b s t r a k t e s Rechtsinstitut wirke. Das würde zu einer völlig überflüssigen und widersinnigen Lesart des § 425 Abs. 1 BGB führen, etwa derart: Bei einem "Gesamtschuldverhältnis" (hier als nach gattungsmässigen, abstrakten Merkmalen bestimmter Begriff) haben bestimmte Ereignisse dann eine Gesamtwirkung, wenn sich das "aus dem Gesamtschuldverhältnis" (wieder als nach gattungsmässigen, abstrakten Merkmalen bestimmter Begriff) ergibt. Sinnvoll ist dagegen doch nur folgende Auslegung: Bei einem "Gesamtschuldverhältnis" (nach gattungsmässigen, abstrakten Merkmalen bestimmter Begriff) haben bestimmte Ereignisse dann eine Gesamtwirkung, wenn sich das "aus dem k o n k r e t e n Schuldverhältnis" (als tatsächlich vorliegendem Le-

---

43) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., insbes. 330 f.; Küchler, a.a.O., S. 41, 71, 73.
44) Vgl. Küchler, a.a.O., S. 68.

benssachverhalt) ergibt. Für die Frage, wie sich bei einer Gesamtschuld die Veränderung einer einzelnen Verbindlichkeit für die übrigen Verbindlichkeiten auswirkt, will der Gesetzgeber nicht darauf abstellen, wie sich das Ereignis auf die "Leistungsanwartschaft" auswirkt, worüber unmittelbar gar keine Regelung vorliegt,[45] sondern auf ein ausserhalb des Gesamtschuldverhältnisses als gattungsmässiger Begriff liegendes Kriterium, nämlich auf das Wesen des einzelnen, konkreten Gesamtschuldverhältnisses mit seinen besonderen tatsächlichen Umständen und Gegebenheiten.

II. Die Rückwirkungen von der Hypothek auf die persönliche Forderung unter Berücksichtigung der Unterscheidung von Real- und Personalkredit

1. Es fragt sich nun, ob es hypothekarische Rechtsverhältnisse gibt, bei denen es sich aus ihrem Wesen ergibt, dass Veränderungen der Hypothek, die unmittelbar nur zum Wegfall des dinglichen Rechts für den Gläubiger führen, auch in gleicher Weise auf die persönliche Forderung zurückwirken. Wie gezeigt wurde, muss diese Frage bei der analogen Anwendung des § 425 BGB unter Abstellen auf das Wesen des einzelnen, konkreten hypothekarischen Rechtsverhältnisses entschieden werden. Bedeutungslos ist also hierbei die rechtliche Struktur des hypothekarischen Rechtsverhältnisses als solchem, sondern es kommt auf die tatsächliche Gestaltung der Lebensinteressen im Einzelfall an. Das bedeutet, dass, angesichts der praktischen Verwendung der Hypothek, hier ausschliesslich der w i r t s c h a f t l i c h e W e s e n s g e h a l t des ein-

---

45) Vgl. hierzu auch die Kritik an der Theorie von der Zweckgemeinschaft oben S. 114 ff.

zelnen hypothekarischen Rechtsverhältnisses massgebend ist. Das Wesen des einzelnen Rechtsverhältnisses lässt sich nur hinsichtlich der w i r t s c h a f t l i c h e n C h a r a k t e r i s i e r u n g u n d W e r t u n g besonders ermitteln.

Andererseits ist es auch beim Abstellen auf das einzelne, konkrete hypothekarische Rechtsverhältnis, wie es § 425 BGB vorschreibt, dennoch notwendig, unter den einzelnen möglichen, tatsächlichen Gestaltungen eines hypothekarischen Rechtsverhältnisses Gruppen zu bilden, die im wesentlichen wirtschaftlich gleich charakterisiert werden können. Die Notwendigkeit dazu ergibt sich daraus, dass hier - bei analoger Anwendung des § 425 BGB - aus dem wirtschaftlichen Wesen des hypothekarischen Rechtsverhältnisses Rechtsfolgen hinsichtlich der Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung hergeleitet werden, dass aber für eine so wichtige Frage wie die der Auswirkungen von Veränderungen im dinglichen Bereich auf die persönliche Forderung, gerade angesichts der Eigenschaft der Hypothekarkredite als Massenfälle, gewisse g e n e r e l l e , o b j e k t i v b e s t i m m t e M a ß s t ä b e gefunden werden müssen, die dann (im Interesse der Rechtssicherheit) eine rechtlich gleichförmige Behandlung gleichartiger Einzelfälle ermöglichen.[46)]

Als ein solcher Gesichtspunkt, mit dem das wirtschaftliche Wesen der einzelnen hypothekarischen Rechtsverhältnisse generell charakterisiert werden kann und der auch Aufschlüsse gerade für die Frage der Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung geben kann, drängt sich die Unterscheidung von (echten) R e a l k r e d i t e n und (hypothekarisch gesicherten) P e r s o n a l k r e d i t e n geradezu auf, eine Unterscheidung, die auch häufig bei der Entscheidung aktueller Einzelfragen auf besonderen Rechtsgebieten schon für massgeblich erklärt wurde.[47)]

---

46) Vgl. oben S.101 f.
47) Vgl. die Darstellung oben im 2. Teil, 1. Absch., S. 20 ff.

Sie soll daher zur näheren Beantwortung der Frage verwendet werden, ob im Sinne des § 425 BGB "das (einzelne) Schuldverhältnis ein anderes ergibt", d.h. ob nach dem wirtschaftlichen Wesen der konkreten Kombination von Hypothek und Forderung eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung nahegelegt wird, die mit Hilfe des § 425 BGB dann rechtlich verwirklicht werden kann.

2. Das wirtschaftliche Wesen eines hypothekarischen Gesamtrechtsverhältnisses, das als P e r s o n a l k r e d i t charakterisiert werden kann, lässt sich dahingehend bestimmen, dass hier die allgemeinen Vermögensverhältnisse und die persönliche Kreditwürdigkeit des Schuldners von wesentlicher Bedeutung sind und dass die Hypothek nur eine wirtschaftlich untergeordnete Sicherung darstellt.[48)]

Es wurde schon an anderer Stelle begründet,[49)] dass - gerade wenn man vom wirtschaftlichen Wesen eines hypothekarisch gesicherten Personalkredits ausgeht - der Wegfall der Hypothek für den Gläubiger hier keine entsprechende Rückwirkung auf die persönliche Forderung nach sich ziehen kann. Die Gründe seien hier noch einmal kurz zusammengefasst: Bei einem hypothekarisch gesicherten Personalkredit ist die Pfandrechtsstruktur der Hypothek auch wirtschaftlich erhalten geblieben, der Hypothekengläubiger hat sich hier gegenüber dem Gläubiger einer ungesicherten Forderung ein "Mehr" an Sicherung verschafft. Eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung bei Wegfall der Hypothek für den Gläubiger wäre deshalb hier - auch in wirtschaftlicher Betrachtungsweise - ein unangebrachtes Ergebnis, da dann der Gläubiger einer gesicherten Forderung schlechter gestellt sein könnte als der Gläubiger einer ungesicherten Forderung.[50)]

---

48) Vgl. oben S. 86.
49) Vgl. oben S. 87 f.
50) Dieses Argument kann allerdings nur für die hypothekarisch gesicherten Personalkredite gebraucht werden, dagegen nicht für die echten Realkredite; vgl. hierzu oben S. 87 f.

Für die hypothekarischen Rechtsverhältnisse, die P e r s o n a l k r e d i t e darstellen, ergibt sich also hinsichtlich der analogen Anwendung des § 425 BGB, dass sich aus ihrem (wirtschaftlichen) Wesen "nicht ein anderes ergibt", d.h. dass unmittelbar nur bei der Hypothek eintretende Ereignisse, die zum Wegfall der Hypothek für den Gläubiger führen, in ihrer Wirkung auf diese beschränkt bleiben, eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung hier also grundsätzlich nicht eintritt.

3. Anders ist es dagegen bei den hypothekarischen Rechtsverhältnissen, die als e c h t e R e a l k r e d i t e zu charakterisieren sind. Das Ergebnis der eingehenden Erörterungen über das wirtschaftliche Wesen des modernen Realkredits, die oben angestellt wurden,[51] soll hier noch einmal in Kürze wiederholt werden: Die Hypothek hat bei den echten Realkrediten die fast ausschliessliche Bedeutung erlangt; die persönliche Forderung tritt demgegenüber ganz in den Hintergrund. Die Beziehungen zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer werden im wesentlichen vom Objekt, vom belasteten Grundstück her, bestimmt. Die Pfandrechtsstruktur der Hypothek ist wirtschaftlich nicht mehr gegeben, in der Bestellung einer Hypothek liegt nach wirtschaftlicher Vorstellung nicht mehr die Sicherung einer Forderung, sondern für den Gläubiger der Erwerb eines Wertanteils am Grundstück.

Wie oben ausführlich begründet wurde,[52] drängen diese modernen wirtschaftlichen Vorstellungen über das Wesen des Realkredits auf die Anerkennung einer Rückwirkung bestimmter Veränderungen bei der Hypothek auf die persönliche Forderung, im wesentlichen eben deshalb, weil die persönliche Forderung beim Realkredit wirtschaftlich nur ein nebensächliches "Anhängsel" der Hypothek darstellt. Auf eine

---

51) Vgl. oben 2. Teil, 2. Abschn., S. 66 ff., insbesondere S. 82 f.
52) Vgl. oben S. 84 ff.

einheitliche Formel gebracht, lassen sich diese Forderungen, die sich aus dem wirtschaftlichen Wesen des modernen Realkredits hinsichtlich der Frage einer Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung ergeben, dahingehend zusammenfassen:

1) Wird für den Gläubiger die Geltendmachung der Hypothek unmöglich, so soll er auch die persönliche Forderung nicht mehr geltend machen dürfen.

Hierher rechnen die Fälle, in denen unmittelbar nur ein Wegfall der Hypothek (also ohne gleichzeitigen Wegfall der persönlichen Forderung) eintritt, z.B. Untergang der Hypothek durch Enteignung des belasteten Grundstücks (vgl. im einzelnen unten unter B, S.154 ff.).

2) Geht die Möglichkeit zur Geltendmachung der Hypothek auf einen neuen Gläubiger über, so soll dieser auch (und nur dieser) die persönliche Forderung geltend machen können.

Hierher rechnen die Fälle, in denen unmittelbar nur die Hypothek auf einen neuen Gläubiger übergeht, während die persönliche Forderung "an sich" beim ursprünglichen Gläubiger verbleibt, z.B. Forderung und Hypothek besitzen verschiedene Belegenheit und nur die Hypothek wird wirksam enteignet. - Vgl. im einzelnen unten S.154 ff.

Diese Grundsätze über eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung, die sich aus dem Wesen des modernen Realkredits ergeben, wurden oben im 2. Teil, 2. Abschnitt,[53] vorläufig nur als wirtschaftlich angemessene Lösung herausgearbeitet. Da aber nur § 425 BGB bei der

---

53) Vgl. insbes. S. 88 f.

entsprechenden Anwendung auf das Verhältnis von Hypothek und Forderung hinsichtlich der Frage einer Rückwirkung auf das Wesen der konkreten Kombination von Hypothek und Forderung abstellt,[54] können diese Grundsätze damit auch r e c h t l i c h durchgesetzt und verwirklicht werden. Insoweit also nach den hier erarbeiteten Formeln nach dem wirtschaftlichen Wesen des hypothekarischen Rechtsverhältnisses als Realkredit eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung angebracht erscheint, "e r g i b t s i c h a u c h" - im Sinne des § 425 BGB - "a u s d e m S c h u l d v e r h ä l t n i s e i n a n d e r e s", d.h. in diesen Fällen wird durch § 425 BGB auch rechtlich eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung statuiert.

III. Die Abgrenzung von Real- und Personalkredit im Einzelfall und die Umwandlung von Real- in Personalkredit und umgekehrt

1. a) Da sich nun bei der analogen Anwendung des § 425 BGB auf hypothekarische Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Frage der Auswirkung von unmittelbar nur bei der Hypothek eintretenden Ereignissen auf die persönliche Forderung verschiedene Rechtsfolgen ergeben, je nachdem es sich um einen echten Realkredit oder einen hypothekarisch gesicherten Personalkredit handelt, ist es von grosser Wichtigkeit, diese beiden Kreditarten möglichst klar voneinander abzugrenzen. Es muss allerdings von vornherein festgestellt werden, dass im Einzelfall eine völlig befriedigende Einordnung eines hypothekarischen Rechtsverhältnisses unter eine dieser beiden Gruppen auf Schwierigkeiten stossen kann und es durchaus Grenzfälle gibt, die nicht mit einer exakten Subsumtion

---

54) Vgl. oben S.140.

gelöst werden können. Dennoch ist zu betonen, dass ein Abstellen auf die objektiv und generell bestimmten Begriffe des Real- und Personalkredits für die Rechtsanwendung weit praktikabler ist als etwa die Berücksichtigung und Wertung "aller Umstände des Einzelfalles", wie es bei Anwendung des § 242 BGB erforderlich wäre.[55]

b) Gegenüber den zahlreichen Bedenken, die im Schrifttum und teilweise auch in der Rechtsprechung hinsichtlich der Möglichkeit einer brauchbaren Abgrenzung von Real- und Personalkredit geltend gemacht werden, muss doch festgestellt werden, dass in der K r e d i t p r a x i s der Unterscheidung dieser beiden Kreditarten grosse Bedeutung zukommt und dennoch Abgrenzungsschwierigkeiten hier kaum jemals auftreten.

aa) Von seiten des Schrifttums wird häufig gegen die Möglichkeit einer befriedigenden Abgrenzung beider Kreditarten eingewandt:[56] Es sei verfehlt, den Realkredit dahingehend zu bestimmen, dass bei ihm der Gläubiger allein auf den Wert des Grundstücks sehe, beim Personalkredit dagegen vorwiegend auf das sonstige Vermögen des Schuldners und seine Kreditwürdigkeit; worauf der Gläubiger im Einzelfall sehe, sei jeweils ganz verschieden, ausserdem praktisch nicht feststellbar und eine Abgrenzung danach sei willkürlich.

bb) Dieser Einwand ist bei näherer Betrachtung der wirtschaftlichen und geschäftlichen Praxis unbegründet. Es wird hier nämlich hinsichtlich der Unterscheidung von Real- und Personalkredit bei den hypothekarisch gesicherten Krediten gar nicht darauf abgestellt, worauf der Gläubiger in seinen rein inneren Vorstellungen sieht, ob mehr auf das Grundstück oder mehr auf das sonstige Ver-

---

55) Vgl. hierzu oben S.100 ff.
56) Vgl. für viele Westermann, a.a.O., § 91 II 1, III,2; Strich, a.a.O., S. 190 f.

mögen des Schuldners, sondern unter R e a l k r e d i t werden verstanden die "l a n g f r i s t i g e n B o d e n b e l e i h u n g e n", alles andere gilt als Personalkredit.[57] Diese Bestimmung des Begriffs Realkredit, eben als "langfristige Bodenbeleihungen", wird auch in der modernen Gesetzgebung gebraucht.[58] Es wird hier primär also auf ein objektives Merkmal, nämlich die "F r i s t i g k e i t" des Kredits, abgestellt. Bei diesen langfristigen, hypothekarisch gesicherten Krediten haben sich nun allerdings in der modernen Kreditpraxis gewisse Prinzipien der Gewährung und Abwicklung des Kredits herausgebildet, bei denen das belastete Grundstück und die Hypothek ganz im Vordergrund stehen und die persönliche Forderung kaum beachtet wird. Diese Prinzipien wurden oben eingehend dargestellt,[59] sie treten auf bei der Kreditgewährung, dann hinsichtlich der in den Darlehensbedingungen festgelegten Kontrollrechte der Gläubiger, bei der Zwangsvollstreckung und bei der "Deckung" der Institutsgläubiger gegenüber ihrer Aufsichtsbehörde. In all diesen Fragen hat beim langfristigen, hypothekarisch gesicherten Kredit das Grundstück und die Hypothek die massgebende Bedeutung erlangt. Aber auch hier handelt es sich um objektiv feststellbare Umstände, die nichts mit der Frage zu tun haben, "worauf der Gläubiger nun im Einzelfall sieht". Auch diese Umstände können daher hilfsweise zur Klärung der Frage herangezogen werden, ob ein Realkredit vorliegt.

Handelt es sich dagegen nicht um "langfristige Bodenbeleihungen", sondern um die Sicherung kurzfristiger und weitgehend auch mittelfristiger Kredite, und fehlen hierbei auch die oben herausgearbeiteten (vgl. S. 68 ff.), typischen äusseren Merkmale des modernen Realkredits, so

---

57) Vgl. oben S. 66 f.
58) Vgl. oben S. 28, Anm. 19.
59) Vgl. oben 2. Teil, 2. Abschn., S. 66 ff.

liegt ein (hypothekarisch gesicherter) Personalkredit vor; es ist insoweit wieder gleichgültig, "worauf der Gläubiger sieht", mehr auf das Grundstück oder mehr auf die allgemeinen Vermögensverhältnisse des Schuldners, soweit sich diese rein inneren Vorstellungen nicht entsprechend in der äusseren Gestaltung des Geschäfts geäussert haben.

cc) Nimmt man die Abgrenzung in diesem Sinne vor, so ergibt sich für viele hypothekarische Rechtsverhältnisse eine klare Einordnung.[60] Danach sind z.B. die weitverbreiteten Baugeldhypotheken ohne weiteres als echte Realkredite anzusprechen.

Aber auch für Fälle, die im allgemeinen hinsichtlich ihrer Einordnung als Real- oder Personalkredit umstritten sind, lassen sich mit diesen Grundsätzen ohne Schwierigkeiten befriedigende Lösungen finden. So muss z.B. auch bei den Restkaufgeldhypotheken die Entscheidung in erster Linie je nach der "F r i s t i g k e i t" des Kredits getroffen werden.

Wird also z.B. bei der Veräusserung eines Wohnhauses ein Teil des Kaufpreises sofort entrichtet, während die Restschuld, die hypothekarisch gesichert wird, etwa in 6 - 12 Monaten bezahlt werden soll, so handelt es sich nach der oben getroffenen Abgrenzung um einen hypo-

---

60) Nicht brauchbar ist dagegen für eine Abgrenzung das Moment, ob der Kredit vorwiegend im Interesse des Gläubigers oder vorwiegend im Interesse des Schuldners gegeben wurde. Dieser Umstand wird zwar häufig als bedeutsam angesehen (vgl. z.B. Cosack-Mitteis, a.a.O., § 74 II 1 b; Tietz, NJW 1947/48, 167; Gotthardt, DRZ 1946,10); es wird aber hierbei übersehen, dass fast ausnahmslos mit der Kredithingabe ein eigenes Interesse des Kreditgebers verbunden ist.
Nicht genügend präzise ist auch ein Abstellen darauf, ob es sich im Einzelfall um eine "Kapitalanlage" handelt (vgl. z.B. RG JW 1909,309; 1912,462; 1937,2765; OLG Frankfurt/M. SJZ 1947,189); genauer ist es, in diesen Fällen von einer l a n g f r i s t i g e n Kapitalanlage zu sprechen.

thekarisch gesicherten Personalkredit.

Soll dagegen die Restschuld z.B. erst im Laufe von 5 - 20 Jahren getilgt werden, so liegt ein echter Realkredit vor.

Im übrigen zeigt sich auch hier wieder, dass das wirtschaftliche Wesen dieser beiden hypothekarischen Rechtsverhältnisse ganz verschieden ist. Im ersten Fall handelt es sich nach wirtschaftlicher Vorstellung eigentlich mehr darum, dass dem Käufer, dem die sofortige Barzahlung des gesamten Kaufpreises schwerfallen mag, ein "Ziel" eingeräumt wird, wobei der Gläubiger sich immerhin eine Hypothek als Sicherung verschafft. Man kann aber hier - auch wirtschaftlich - nicht davon sprechen, dass der Gläubiger eine "Beteiligung" am Grundstück erworben habe. Im zweiten Fall dagegen liegt es viel näher, den Gläubiger als "Teilhaber" am Grundstück anzusehen, der über längere Zeit auch am Gewinn - allerdings mit einer festen Verzinsung - beteiligt ist.[61] Hier kommt auch der Hypothek eine wesentlich grössere Bedeutung zu als im ersten Fall, denn die persönlichen Verhältnisse des Schuldners können sich bei einer solch langen Laufzeit des Kredits wesentlich verändern, während der Wert des Grundstücks auch über längere Zeit stetig bleibt bzw. sich gegenwärtig höchstens erhöht.

dd) Bei der Prüfung eines hypothekarischen Rechtsverhältnisses im Einzelfall ist auch zu beachten, dass eine t a t s ä c h l i c h e V e r m u t u n g[62] dahin geht, dass es sich hierbei um einen echten Realkredit handelt.[63] Die Berechtigung zu einer solchen Vermutung ergibt sich daraus, dass die Hypothek von jeher ein typisches Sicherungsmittel des langfristigen Kredits darstellt und auch heute ganz überwiegend im Rahmen eines

---

61) Vgl. oben S.80 ff.
62) Vgl. hierzu Schönke-Schröder-Niese, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, a.a.O., S. 262 ff.
63) Vgl. Seeger, JR 1951, S. 362.

echten Realkreditgeschäfts Verwendung findet.

2. Eine U m w a n d l u n g v o n R e a l - in P e r s o n a l k r e d i t und u m g e k e h r t ist grundsätzlich möglich.

a) Die rechtsgeschäftliche Aufhebung nur der Hypothek (§§ 1183, 875 BGB) und der Verzicht auf die Hypothek (§ 1168 BGB) haben - von der Regelung des § 1165 BGB abgesehen -[64] keine Rückwirkung auf die persönliche Forderung. Die oben aufgestellten Grundsätze,[65] wonach dem Gläubiger die persönliche Forderung verlorengeht, wenn ihm die Geltendmachung der Hypothek unmöglich wird, finden auf die rechtsgeschäftliche Aufhebung der Hypothek und den Verzicht auf die Hypothek keine Anwendung, der Gläubiger darf also "sich selbst die Geltendmachung der Hypothek unmöglich machen". Das ergibt sich auch aus der analogen Anwendung des § 423 BGB, wonach bei einer rechtsgeschäftlichen Aufhebung des einen Rechts keine "Gesamtwirkung" eintritt, wenn die Wirkung der Aufhebung nach dem Willen der Beteiligten auf e i n Recht beschränkt bleiben soll. Es muss dem Gläubiger möglich sein, r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e i n e n R e a l k r e d i t n a c h t r ä g l i c h i n e i n e n r e i n e n P e r s o n a l k r e d i t u m z u w a n d e l n ; das folgt schon daraus, dass er rechtlich in der Lage war, auch von vornherein nur ein den Grundsätzen eines reinen Personalkredits entsprechendes Verhältnis zu begründen.

---

64) Die Regelung des § 1165 BGB hat mit den hier aufgeworfenen Fragen einer Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung unter Berücksichtigung des wirtschaftlichen Wesens des modernen Realkredits nichts zu tun. Sie bezweckt nur einen besonderen Schutz des persönlichen Schuldners, der einen Ersatzanspruch im Innenverhältnis gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks hat, gilt aber in gleicher Weise für Real- wie für hypothekarisch gesicherte Personalkredite.

65) Vgl. oben S.146.

b) Ebenso ist es möglich, dass e i n h y p o t h e k a r i s c h g e s i c h e r t e r P e r s o n a l k r e d i t s i c h i n e i n e n e c h t e n R e a l k r e d i t u m w a n d e l t .[66] Das ist dann anzunehmen, wenn - entgegen den ursprünglichen Absichten - "das Geld auf dem Grundstück stehen gelassen wird", also ein langfristiges Kreditverhältnis entsteht und damit im allgemeinen das Wesen eines echten Realkredits in Erscheinung tritt.[67]

c) Von diesen Fällen einer zulässigen Umwandlung von Real- in Personalkredit und umgekehrt ist aber der Fall zu unterscheiden, dass ein Hypothekengläubiger, der einen Realkredit gewährt hat, versucht, durch Vereinbarung mit dem Hypothekenschuldner die sich aus § 425 BGB etwa ergebenden, für ihn ungünstigen Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung auszuschliessen.
Der Hypothekengläubiger kann zwar einen echten Realkredit in einen reinen Personalkredit rechtsgeschäftlich umwandeln (d.h. die Hypothek aufheben oder auf sie verzichten), er wandelt damit zugleich sein Risiko hinsichtlich der Erfüllung seines Gläubigerinteresses. Dieses Risiko ist normalerweise bei einem echten Realkredit für den Gläubiger geringer als bei einem reinen Personalkredit, immerhin kann er, angesichts der (verhältnismässig seltenen) Fälle einer Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung in gewisser Beziehung schlechter gestellt sein als der Gläubiger einer ungesicherten Forderung.[68] Welches Risiko der Gläubiger wählen will, das eines reinen Personalkredits oder das eines Realkredits, steht ihm frei.

---

66) In gleicher Weise kann sich auch ein r e i n e r Personalkredit durch späteres Hinzutreten einer Hypothek in einen Realkredit verwandeln, wenn in diesem Zusammenhang sich die typische äussere Gestaltung eines echten Realkredits durchsetzt.
67) Die Möglichkeit einer solchen Umwandlung wird ausdrücklich in BGH 17,89 ff.(95) bejaht.
68) Vgl. oben S. 87 f.

Dagegen kann ein Gläubiger nicht einen echten Realkredit gewähren und das mit diesem wesensmässig verbundene Risiko (des etwaigen Eintretens bestimmter Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung) dann - ohne die Hypothek aufzugeben - durch rechtsgeschäftliche Abreden ausschliessen. Das ergibt sich aus dem im Sachenrecht geltenden Typenzwang. § 425 BGB ist bei seiner analogen Anwendung auf das Verhältnis von Hypothek und Forderung, d.h. gerade insoweit, als durch ihn für die echten Realkredite eine Rückwirkung vorgeschrieben wird, wenn sich das aus ihrem Wesen ergibt, zwingendes Recht; die Gestaltungsfreiheit der Parteien ist auch hier beschränkt. Eine Vereinbarung dahingehend, dass solche Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung nicht eintreten sollen, obwohl ein echter Realkredit vorliegt, ist danach genau so wenig zulässig wie eine Vereinbarung, dass im Widerspruch zu § 1163 BGB das Erlöschen der Forderung für die Hypothek bedeutungslos sei.

B. Die praktische Anwendung der gefundenen Prinzipien auf die einzelnen Fälle der Veränderung der Hypothek.

Im folgenden soll nun für die echten Realkredite[69] untersucht werden, welche neuartigen rechtlichen Konsequenzen sich bei den einzelnen Fällen von Veränderungen der Hypothek, die unmittelbar nur zum Wegfall des dinglichen Rechts für den Gläubiger führen,[70] ergeben, wenn man auf sie die oben (vgl. S.146) herausgearbeiteten und durch § 425 BGB

---

69) Bei den (hypothekarisch gesicherten) Personalkrediten tritt grundsätzlich keine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung ein; vgl. oben S. 144 f.

70) Hierher gehören also nicht Veränderungen der Hypothek, die im Zusammenhang mit Veränderungen der persönlichen

rechtlich anerkannten Grundsätze für die Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung anwendet.

I. Wegfall der Hypothek für den Gläubiger durch Untergang der Hypothek oder durch Entstehung eines Eigentümergrundpfandrechts

1. Massgebend für die Fälle des Untergangs der Hypothek ist der Grundsatz:[71] Wird für den Gläubiger durch bestimmte Ereignisse die Geltendmachung der Hypothek unmöglich, so kann er auch die persönliche Forderung nicht mehr geltend machen.

a) Bei völligem Untergang des Grundstücks (nicht aber bei Teilzerstörung) erlischt die Hypothek. Da dem Gläubiger also hiermit die Geltendmachung der Hypothek unmöglich geworden ist, muss nun auch eine entsprechende Rückwirkung auf die persönliche Forderung angenommen werden, diese erlischt ebenfalls.

b) Ebenso führt der Untergang der Hypothek[72] durch entschädigungslose Enteignung des Grundstücks[73] bei einem echten Realkredit zum Untergang der persönlichen Forderung. Dieser Fall ist von besonderer Bedeutung angesichts der zahlreichen Grundstücksenteignungen in der Ostzone.

Forderung eintreten, vgl. oben Seite 137, Anm.36.

Vgl. bezüglich der Besonderheiten bei rechtsgeschäftlichen Veränderungen der Hypothek oben S. 152.

71) Vgl. oben S. 146.

72) Vgl. oben S. 62, Anm. 105.

73) Dieser Fall ist nicht zu verwechseln mit dem der Enteignung der Hypothek, vgl. hierzu unten S. 164 f.

c) Auch das Erlöschen der Hypothek bei Buchversitzung (§ 901 BGB) wirkt auf die Forderung entsprechend zurück und bringt sie zum Erlöschen. Diese Rechtsfolge kann z.B. wichtig werden, wenn die Verjährung hinsichtlich der persönlichen Forderung unterbrochen ist, nicht aber bezüglich des Anspruchs aus der Hypothek.

d) Ein Untergang der Hypothek tritt auch ein, wenn jemand das belastete Grundstück erwirbt, der den Bestand der zu Unrecht gelöschten Hypothek nicht kennt (§ 892 BGB). Auch in diesem Fall wird für den Gläubiger die Geltendmachung der Hypothek unmöglich und er verliert damit bei einem echten Realkredit auch die persönliche Forderung.

Ein solches Ergebnis mag auf den ersten Blick als untragbar für den Hypothekengläubiger erscheinen, es ist hierbei jedoch zu beachten, dass dem Gläubiger in diesem Fall meist Ausgleichsansprüche gegen den Verfügenden oder gegen den Staat zustehen. Ausserdem muss man sich eben erst - das zeigt sich gerade hier - an die Vorstellung gewöhnen, dass die persönliche Forderung nach dem Wesen des modernen Realkredits nur ein ganz nebensächliches Anhängsel der Hypothek darstellt; man muss sich eben ganz frei machen von der wirtschaftlich überholten Vorstellung, als sei die Hypothek eine blosse Sicherung der persönlichen Forderung. Es wurde schon mehrmals darauf hingewiesen,[74] dass eine Verkehrshypothek mit Realkreditcharakter in ihrem wirtschaftlichen Wesen mit einer isolierten Grundschuld fast identisch ist. Ist aber eine solche isolierte Grundschuld zu Unrecht im Grundbuch gelöscht und erwirbt jemand, der den Bestand der Grundschuld nicht kennt, das Grundstück, so erlischt die Grundschuld und hier ist es ganz selbstverständlich, dass damit dem Grundschuldgläubiger jede Möglichkeit eines Vorgehens aus diesem Rechtsverhältnis genommen ist.

e) Keine Rückwirkung auf die persönliche Forderung tritt dagegen ein, wenn die Hypothek in der Zwangsversteigerung des Grundstücks

---

74) Vgl. oben S. 76 ff.

a u s f ä l l t und nach § 52 erlischt. Die "Ausfallhaftung" durch die persönliche Forderung bleibt hier erhalten. Der Unterschied zu den anderen Fällen des Untergangs der Hypothek liegt darin, dass hier nicht wie dort dem Gläubiger die Ausübung der Hypothek, seines "Hauptrechts" (in wirtschaftlichem Sinne), versagt wird, sondern dass er hier die Hypothek ausübt, ohne allerdings befriedigt zu werden. Dem Gläubiger wird hier nicht durch ein bestimmtes Ereignis "die Geltendmachung der Hypothek unmöglich", sondern er macht diese gerade im Zwangsversteigerungsverfahren geltend, er nimmt an der Verwertung des Grundstücks teil, nur "bringt die Hypothek ihm nichts ein". Hier bleibt also nach den oben erarbeiteten Prinzipien die persönliche Forderung für den Gläubiger, soweit er nicht befriedigt wurde, bestehen.

2. Auch wenn die Hypothek sich in ein Eigentümergrundpfandrecht verwandelt und dem Gläubiger dadurch die Geltendmachung der Hypothek unmöglich wird, ist eine Rückwirkung auf die persönliche Forderung anzunehmen. Nicht hierher gehören allerdings die Fälle, in denen die Hypothek sich nur als akzessorische Folge des Forderungswegfalls in ein Eigentümergrundpfandrecht verwandelt, denn dabei handelt es sich um die Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung, die im Gesetz unmittelbar innerhalb der hypothekenrechtlichen Bestimmungen, insbesondere in § 1163 BGB eingehend geregelt ist.[75] Hier - für die Frage einer Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung - kommen nur Fälle in Betracht, bei denen Ereignisse, die unmittelbar nur bei der Hypothek eintreten, deren Umwandlung in ein Eigentümergrundpfandrecht bewirken.[76]

a) Bei A u s s c h l u s s d e s G l ä u b i g e r s i m A u f g e b o t s v e r f a h r e n (§ 1170 BGB) verwandelt sich die Hypothek in eine Eigentümergrundschuld. Da

---

75) Vgl. die ausführliche Begründung oben S. 121 ff.
76) Besonderesgilt aber für die r e c h t s g e s c h ä f t l i c h e n V e r ä n d e r u n g e n , also etwa für den Verzicht; vgl. oben S. 152.

hiermit dem Gläubiger die Hypothek entzogen wird, ihre Geltendmachung für ihn unmöglich geworden ist, ergibt sich bei einem echten Realkredit damit auch ein Wegfall der persönlichen Forderung.

b) Keine Bedeutung haben dagegen die aufgestellten Grundsätze bei der Verwandlung der Hypothek in ein Eigentümergrundpfandrecht im Wege der K o n s o l i d a t i o n (§§ 889, 1177 BGB).

aa) Sehr oft erfolgt nämlich bei einem hypothekarischen Rechtsverhältnis die Konsolidation gleichzeitig mit einer Konfusion,[77] z.B. wenn der Hypothekengläubiger bei Identität von Schuldner und Eigentümer diesen beerbt. Die Frage nach einer "Rückwirkung" ist hier gegenstandslos.

bb) Ebenso ergibt sich keine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung, wenn die Konsolidation nur bewirkt, dass aus der Fremdhypothek eine Eigentümerhypothek des Gläubigers wird; das ist z.B. der Fall, wenn - bei Verschiedenheit von Schuldner und Eigentümer - der Gläubiger den Eigentümer beerbt. Hier wird die Hypothek dem Gläubiger gar nicht entzogen, ihre Geltendmachung bleibt - jedenfalls dann, wenn von anderer Seite die Zwangsvollstreckung betrieben wird - für den Gläubiger möglich.
Da also die Konsolidation nie bewirkt, dass die Geltendmachung der Hypothek durch den Gläubiger für sich allein unmöglich wird - nur hierfür gelten ja die oben aufgestellten Grundsätze -, ergeben sich hierbei keine Probleme einer Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung.

---

77) Vgl. Küchler, a.a.O., S. 67 Anm. 22.

II. Wegfall der Hypothek für den ursprünglichen Gläubiger durch isolierten Uebergang der Hypothek auf einen neuen Gläubiger

Massgebend ist hier für die echten Realkredite folgender Grundsatz:[78] Geht die Möglichkeit zur Geltendmachung der Hypothek auf einen neuen Gläubiger über, so kann dieser auch - und nur dieser - die persönliche Forderung geltend machen. Zu beachten ist, dass auch hier nur diejenigen Fälle hinsichtlich einer solchen "Rückwirkung" zu prüfen sind, bei denen durch ein unmittelbar allein bei der Hypothek eintretendes Ereignis diese isoliert auf einen neuen Gläubiger übergeht, während die persönliche Forderung dem ursprünglichen Gläubiger verbleibt, also nur Fälle einer Trennung von Hypothek und Forderung. Nicht hierher gehören dagegen die Zuständigkeitsveränderungen der Hypothek, die als akzessorische Folge einer Zuständigkeitsveränderung der Forderung zustande kommen und die im Gesetz (vgl. §§ 1153, 1154 BGB) eingehend geregelt sind.[79]

1. Ein solcher isolierter Uebergang der Hypothek auf einen neuen Gläubiger kann infolge des G u t g l a u b e n s - s c h u t z e s i m H y p o t h e k e n r e c h t (§ 1138 BGB) eintreten, vor allem dann, wenn eine nichtige Hypothekenabtretung im Grundbuch eingetragen wird. Zum Beispiel: Eine gültige Forderung und Hypothek stehen dem minderjährigen Gl. 1 zu, er tritt sie an den Gl. 2 ab, die nichtige Zession wird eingetragen, und Gl. 2 "tritt" hierauf Forderung und Hypothek an den gutgläubigen Gl. 3 "ab". Gl. 3 hat hier nur die Hypothek erworben, nicht aber die persönliche Forderung, diese steht weiterhin dem Gl. 1 zu.[80]

---

78) Vgl. oben S.146.
79) Vgl. oben S.121 ff.
80) So Boehmer, ArchBürgR 37,216; Heck, Sachenrecht,a.a.O., S. 401; Küchler, a.a.O., S. 86; Wieacker, Bodenrecht, a.a.O., S. 215; Staudinger-Kober, § 1138 Anm. 2.

a) Eine Trennung von Hypothek und Forderung in diesem Fall wird zwar weithin abgelehnt.[81] Es wird darauf hingewiesen, dass bei Annahme einer Trennung für den Schuldner-Eigentümer eine Doppelbelastung entstünde, er müsste dann nämlich an den Gläubiger der persönlichen Forderung zahlen und gegenüber dem gutgläubigen Erwerber des Grundpfandrechts die Hypothek ablösen, um das Grundstück nicht zu verlieren.[82] Um eine solche Doppelbelastung des Schuldner-Eigentümers zu vermeiden, sei auch hier der Grundsatz des § 1153 Abs. 2 BGB heranzuziehen, der eine Zweiung der Zuständigkeit von Hypothek und Forderung verbiete.[83] Danach sei anzunehmen, dass in diesem Fall beim Uebergang der Hypothek auch die bestehende Forderung auf den neuen Gläubiger übergehe, hier sei ausnahmsweise ein gutgläubiger Forderungserwerb anzuerkennen.

b) Diese Ansicht setzt sich jedoch ganz erheblichen Bedenken aus.

aa) Bei liegenschaftsrechtlichen Geschäften wird schon durch § 892 BGB festgelegt, dass eine unrichtige Eintragung im Grundbuch zugunsten gutgläubiger Erwerber als richtig gilt. Der gutgläubige Erwerber wird dabei sowohl für den Fall des N i c h t b e s t e h e n s des dinglichen Rechts geschützt als auch für den Fall, dass das dingliche Recht zwar besteht, aber e i n e m a n d e r e n als dem Eingetragenen z u s t e h t . § 1138 BGB schafft nun keineswegs einen selbständigen Erwerbsgrund hinsichtlich der persönlichen Forderung. Der gutgläubige Erwerb ist auch hier stets auf die Hypothek beschränkt, das ergibt sich aus der Formulierung "gelten für die Hypothek".[84] § 1138 BGB will nur etwaige Schwierigkeiten, die angesichts der akzessori-

---

81) Vgl. Wolff-Raiser, a.a.O., § 137 II 1 d; Westermann, a.a.O., § 106 III 4; Oertelt, Recht 1914, 294 f.; Planck-Strecker, § 1138 Anm. 4a.
82) Westermann a.a.O.
83) Wolff-Raiser a.a.O.
84) Vgl. Westermann, a.a.O., § 106 III 3.

schen Gestaltung der Verkehrshypothek auftreten könnten, beseitigen.

Dieser Sinn des § 1138 BGB ist für die Fälle des N i c h t b e s t e h e n s der persönlichen Forderung und der Hypothek (als Fremdhypothek) einhellig anerkannt.[85] Der gutgläubige Erwerb der Hypothek ergibt sich hier an sich schon aus § 892 BGB; § 1138 BGB will nur den Einwand hinfällig machen, dass ein solcher Erwerb ein Bestehen der persönlichen Forderung voraussetze.[86] Ein gutgläubiger Erwerb der nicht bestehenden Forderung bleibt ausgeschlossen.

Die Bedeutung des § 1138 BGB kann aber für die Fälle des N i c h t z u s t e h e n s der persönlichen Forderung und der Hypothek (d.h. für die Fälle, in denen Forderung und Hypothek gültig bestehen, aber einem anderen als dem Verfügenden zustehen) keine andere sein. Auch hier lässt sich der Erwerb der Hypothek schon aus § 892 BGB begründen, § 1138 BGB schliesst nur den Einwand aus, ein solcher Erwerb der Hypothek sei in Anbetracht ihrer akzessorischen Gestaltung nur möglich, wenn dem Verfügenden die persönliche Forderung zustehe.[87] Keinesfalls kann aber auch hier die Bestimmung des § 1138 BGB unmittelbar selbst einen Erwerbsgrund für die persönliche Forderung beinhalten. Auch eine unrichtige Eintragung hinsichtlich der Z u s t ä n d i g k e i t "gilt nur für die Hypothek" und ermöglicht nur insoweit einen gutgläubigen Erwerb.

---

85) Vgl. insbes. Wolff-Raiser, a.a.O., § 137 II 3.
86) Vgl. insbes. Wieacker, Bodenrecht, a.a.O., S. 214 f.
87) Wieacker, a.a.O., führt hierzu aus: § 1138 BGB schliesse lediglich den begriffsjuristischen Einwand aus, das Nichtentstehen der Forderung hindere auch das dingliche Verwertungsrecht. Es handle sich bei dieser Vorschrift also um eine "nutzlose und überflüssige Ehrenrettung des Akzessorietätsprinzips für die Verkehrshypothek". Richtiger formuliert müsse es heissen: "Der Eigentümer kann redlichen Erwerbern das Nichtbestehen oder das N i c h t z u s t e h e n d e r F o r d e r u n g nicht entgegenhalten."

bb) Aber auch mit Hilfe der Vorschrift des § 1153 Abs. 2 BGB ("die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden") lässt sich ein Uebergang der persönlichen Forderung auf den gutgläubigen Erwerber der Hypothek nicht begründen. Wer diese Bestimmung unbefangen liest und auslegt, wird zugeben müssen, dass hiermit keineswegs angeordnet werden soll, dass bei einer Uebertragung der Hypothek die Forderung folgt und ebenfalls übergeht. Eine solche Umkehrung des Akzessorietätsgrundsatzes und eine Anlehnung der Forderung an die Hypothek ist in § 1153 Abs. 2 BGB keinesfalls beabsichtigt.[88] Diese Bestimmung bedeutet vielmehr eine Einschränkung des Parteiwillens; die gemeinsame Abtretung von Forderung und Hypothek wird zwingend angeordnet;[89] eine Vereinbarung der Parteien, die auf eine Sonderabtretung der Hypothek gerichtet ist, ist danach nichtig.

Für den vorliegenden Fall - nämlich für die Frage, ob beim gutgläubigen Erwerb einer Hypothek eine bestehende Forderung mit übergeht - hat § 1153 Abs. 2 BGB keine Bedeutung. Der nichtberechtigt Verfügende hat hier nämlich diese Vorschrift durchaus beachtet: er hat - allerdings als Nichtberechtigter - der äusseren Form nach Forderung und Hypothek gemeinsam "abgetreten". Damit ist § 1153 Abs. 2 BGB Genüge getan. Welche Auswirkungen sich für die persönliche Forderung ergeben, wenn das Gesetz in den §§ 1138, 892 BGB nur den Uebergang der Hypothek anerkennt, diese Frage hat mit § 1153 Abs. 2 BGB nichts mehr zu tun. § 1153 Abs. 2 BGB regelt nur die Vornahme der Uebertragung selbst, nicht aber (wie z.B. § 1163 Abs. 1 und § 1153 Abs. 1 BGB) die Auswirkungen von Veränderungen des einen Rechts auf das andere.

cc) Ueberdies erscheint es in diesen Fällen auch als unbillig, wenn der ursprüngliche Hypothekengläubiger s t e t s bei Verlust der Hypothek auch die per-

---

88) Vgl. Küchler, a.a.O., S. 88.
89) Vgl. Küchler, a.a.O., S. 87, 89.

sönliche Forderung verliert. Bei einem reinen Personalkredit, also bei Fehlen einer hypothekarischen Sicherung, ist nämlich ein gutgläubiger Erwerb der persönlichen Forderung ausgeschlossen. Handelt es sich dagegen um einen hypothekarisch gesicherten Personalkredit, so soll auf einmal dem Hypothekengläubiger die persönliche Forderung durch gutgläubigen Erwerb entzogen werden können. Eine solche Lösung wäre, vom Ergebnis her gesehen, unbillig, der Gläubiger einer gesicherten Forderung würde damit schlechter gestellt als der Gläubiger einer ungesicherten Forderung.[90] Anders ist es allerdings bei den echten Realkrediten, da diesen ein ganz anderes wirtschaftliches Wesen zukommt.[91]

c) Es ist also davon auszugehen, dass bei der "Abtretung" einer bestehenden Forderung und Hypothek durch einen Nichtberechtigten der gutgläubige Erwerber zwar die Hypothek nach den §§ 892, 1138 BGB erwirbt, nicht aber die persönliche Forderung, diese verbleibt dem ursprünglichen Gläubiger.
Es ist aber jetzt noch zu prüfen, wie dieser Tatbestand bei Anwendung der sich aus § 425 BGB ergebenden Prinzipien zu beurteilen ist.
Aus dem Wesen eines hypothekarisch gesicherten Personalkredits muss gefolgert werden, dass eine solche Veränderung der Hypothek den Bestand und die Zuständigkeit der persönlichen Forderung nicht berührt.[92] Für die echten Realkredite muss dagegen aber e i n e R ü c k w i r k u n g v o n d e r

---

90) Vertritt man eine Trennung von Hypothek und Forderung, so scheint sich auf den ersten Blick eine krasse Unbilligkeit für den Schuldner-Eigentümer zu ergeben. Bei näherer Nachprüfung zeigt sich jedoch, dass man auch für diesen zu einem erträglichen Ergebnis kommen kann.
Selbst wenn man in diesem Fall nicht weiterhin eine Befriedigungsgemeinschaft zwischen Forderung und Hypothek annehmen will (so Wieacker, Bodenrecht, a.a.O., S. 215) oder mit einer ausdehnenden Auslegung und Anwendung des § 409 BGB abhelfen will (so Boehmer, ArchBürgR 37,230f. und Staudinger - Kober, § 1138 Anm.2), so hat doch der Schuldner-Eigentümer hier die Möglichkeit eines Regresses gegen den eingetragenen Scheingläubiger (vgl. zu der Konstruktion eines Bereicherungsanspruches in diesem Fall die eingehenden Ausführungen bei Boehmer, a.a.O., S.233 f.).

91) Vgl. oben S. 87 ff.

92) Vgl. oben S. 144 f.

Hypothek auf die Forderung angenommen werden: da die Geltendmachung der Hypothek als des "Hauptrechts" auf einen neuen Gläubiger übergegangen ist, kann auch nur dieser die persönliche Forderung geltend machen.[93] Hier geht also bei gutgläubigem Erwerb der Hypothek auch eine bestehende persönliche Forderung auf den neuen Gläubiger über, allerdings nicht in Anwendung der Gutglaubensvorschriften oder der Bestimmung des § 1153 Abs. 2 BGB, sondern in analoger Anwendung des § 425 BGB.

2. Ein isolierter Uebergang der Hypothek auf einen neuen Gläubiger findet auch dann statt, wenn eine verschiedene Belegenheit von Forderung und Hypothek angenommen wird[94] und dann nur die Enteignung der Hypothek als wirksam angesehen werden kann. Z.B.: die Hypothek ist in der Ostzone belegen, die persönliche Forderung dagegen in der Bundesrepublik, die Enteignung in der Ostzone ergreift nur die Hypothek.

Auch hier sind die aus § 425 BGB entwickelten Prinzipien von Bedeutung. Bei einem hypothekarisch gesicherten Personalkredit hat danach der Uebergang der Hypothek auf einen neuen Gläubiger, den "Gläubiger kraft Enteignung", keine Auswirkung für die persönliche Forderung, sie verbleibt dem ursprünglichen Gläubiger.

Bei einem echten Realkredit ist dagegen entscheidend, dass mit der Enteignung der Hypothek die Geltendmachung des "Hauptrechts" auf einen neuen Gläubiger übergegangen ist. Damit muss diesem auch die Geltendmachung der persönlichen Forderung zukommen.[95] In analoger Anwendung des § 425 BGB geht also bei Enteignung der Hypothek hier auch die persönliche Forderung auf den "Gläubiger kraft Enteignung"

---

93) Vgl. hierzu den allgemeinen Grundsatz oben S. 146.
94) Vgl. demgegenüber aber die moderne kollisionsrechtliche Auffassung oben S. 41 ff.. Folgt man ihr, so ergibt sich in diesem Fall schon unmittelbar, ohne eine Heranziehung des materiellen Rechts, das hier vertretene Ergebnis.
95) Vgl. oben S. 146.

über, es entsteht keine Verdoppelung auf der Gläubigerseite. Auch hier ergibt sich also eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung, der Uebergang der persönlichen Forderung auf den "Gläubiger kraft Enteignung" stellt eine materiellrechtliche (aus § 425 BGB sich ergebende), ultraterritoriale Reflexwirkung[96] der Enteignung der Hypothek dar.

3. Abschnitt: Die unmittelbare wechselseitige Abhängigkeit von Hypothek und Forderung bei den echten Realkrediten

I. 1. Die sich bei der analogen Anwendung des § 425 BGB auf das Verhältnis von Hypothek und Forderung ergebenden Rechtsgrundsätze, deren praktische Bedeutung für die einzelnen Fälle der Veränderung der Hypothek aufgezeigt wurde,[97] lassen sich also ihrem wesentlichen Inhalt nach dahingehend zusammenfassen, dass Ereignisse, die unmittelbar nur bei der Hypothek eintreten und die zum Wegfall der Hypothek für den Gläubiger führen, bei den echten Realkrediten eine entsprechende Rückwirkung auf die persönliche Forderung haben: Verliert hier der Gläubiger die Möglichkeit zur Geltendmachung der Hypothek, so kann er auch die persönliche Forderung nicht mehr geltend machen.[98] Es ergibt sich also insoweit eine unmittelbare Abhängigkeit des Schicksals der persönlichen Forderung vom Schicksal der Hypothek.

Andererseits ist auch für die echten Realkredite weiterhin daran festzuhalten, dass Ereignisse, die unmittelbar bei der persönlichen Forderung eintreten und ihren Bestand und ihre Zuständigkeit berühren, sich in gleicher Weise auf die Hypothek auswirken, d.h. verliert der Gläubiger die Möglichkeit zur Geltendmachung der persönlichen Forderung, so kann

---

96) Vgl. oben S.51
97) Vgl. oben S.154 ff.
98) Vgl. oben S.146.

er auch die Hypothek nicht mehr geltend machen. Diese Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung ist im Gesetz eindeutig niedergelegt;[99] aber es handelt sich eben bei den echten Realkrediten hierbei nicht nur um eine einseitige Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung, sondern, in Berücksichtigung der Ergebnisse dieser Arbeit, nach denen auch eine "umgekehrte Abhängigkeit" anzunehmen ist, sind nun Forderung und Hypothek als wechselseitig voneinander abhängig anzusehen.

2. Anders zu bestimmen ist dagegen das Verhältnis von Hypothek und Forderung bei einem hypothekarischen Rechtsverhältnis mit Personalkreditcharakter. Hier besteht eine einseitige Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung, der Wegfall der Hypothek für den Gläubiger lässt Bestand und Zuständigkeit der persönlichen Forderung grundsätzlich unberührt.[100]

3. Die Tatsache, dass bei den echten Realkrediten nach der hier vorgeschlagenen Lösung auch eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung eintritt (wobei der Wegfall der Hypothek für den Gläubiger auch zum Wegfall der persönlichen Forderung führt), ist nicht dahin misszuverstehen, als werde damit bei diesen hypothekarischen Rechtsverhältnissen durch die Bestellung der Hypothek eine dinglich beschränkte Haftung für die persönliche Forderung geschaffen.[101] Die persönliche Forderung ermöglicht auch hierbei dem Hypothekengläubiger grundsätzlich den Zugriff auf das gesamte Vermögen des Schuldners, der Schuldner haftet insoweit unbeschränkt, aber eben nur, solange das "Hauptrecht", die Hypothek, dem Gläubiger zusteht.

---

99) Vgl. oben S.121 ff.
100) Vgl. oben S.144 f.
101) Diese Einwendung erheben Strich, a.a.O., S. 191 und Drobnig, a.a.O., S. 669 gegen eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung bei den Problemen der ostzonalen Enteignungen.

Das Verhältnis von Hypothek und Forderung bei einem echten Realkredit, wie es sich nach der hier versuchten neuen Bestimmung darstellt, kann zur Verdeutlichung - es soll sich hier aber nur um ein juristisches Bild handeln - verglichen werden mit dem Verhältnis von dinglicher Reallast (§ 1105 BGB) und persönlichem Anspruch aus § 1108 Abs. 1 BGB.[102] Auch hier kann der Inhaber der Reallast grundsätzlich sowohl das dingliche Recht der Reallast geltend machen - hier haftet ihm das Grundstück - als auch aus der persönlichen Forderung nach § 1108 BGB vorgehen - hier haftet ihm der Eigentümer mit seinem ganzen Vermögen. Der persönliche Anspruch aus § 1108 BGB ist aber für den Reallastberechtigten nur gegeben, solange ihm das dingliche Recht der Reallast zusteht. Fällt dieses dingliche Recht der Reallast, also das "Hauptrecht", für den Gläubiger (z.B. durch Enteignung der dinglichen Reallast) weg, so kann dieser auch nicht mehr den persönlichen Anspruch aus § 1108 BGB, der nur ein blosses "Anhängsel" des dinglichen Rechts darstellt,[103] geltend machen.

II. 1. Die Unterschiede, die sich zwischen der hier versuchten neuen Bestimmung des Verhältnisses von Hypothek und Forderung und der herrschenden A k z e s s o r i e t ä t s l e h r e ergeben, sind offensichtlich. Die Akzessorietätslehre hält an einer e i n s e i t i g e n Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung fest, eine Rückwirkung von Ereignissen bei der Hypothek auf die persönliche Forderung ist grundsätzlich ausgeschlossen. Diese grundlegende Verschiedenheit gegenüber der hier erarbeiteten Lösung wird auch nicht dadurch verwischt, dass neuerdings versucht wird, auch vom

---

102) Vgl. hierzu auch Kruse III, a.a.O., S. 1845.
103) Vgl. Wolff-Raiser, a.a.O., § 128 II 2 b; Erman -Ronke, Vorbem. 2 vor § 1105; Westermann, a.a.O., S. 601; Hedemann, Sachenrecht, a.a.O., S. 296; Staudinger-Kober, § 1108 Anm. 1; Endemann, a.a.O., S. 674; Planck-Siber, Vorbem. S. 15.

Boden der Akzessorietätslehre aus gewisse Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung in einigen Fällen mit Hilfe des § 242 BGB anzuerkennen.[104] Die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben auf das Verhältnis von Hypothek und Forderung kann eben nur zu reinen Billigkeitsentscheidungen im Einzelfall "unter Berücksichtigung aller Umstände" führen,[105] während nach der hier vorgeschlagenen Lösung für die Frage der Rückwirkung auf objektiv bestimmte und generell anwendbare Gesichtspunkte, nämlich auf das Vorliegen eines Real- oder eines Personalkredits abgestellt werden kann, hiermit auch auf Kriterien, die in der wirtschaftlichen Praxis ohnedies von grosser Bedeutung sind.

---

104) Vgl. die Darstellung oben im 1.Abschn.des 2.Teils, S. 20 ff.
Teilweise wurde in der Literatur auch versucht, eine für erforderlich gehaltene Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung (insbes. bei dem Problem der Ruinenhypotheken) mit Hilfe der Konstruktion einer I n t e r e s s e n- und G e f a h r e n g e m e i n s c h a f t rechtlich zu begründen. Man ging hierbei davon aus, dass das Grundpfandrecht eine gesellschaftsartige Beteiligung am Grundvermögen, einen "ideellen Wertanteil" darstelle (vgl. Grunz, JR 1948,128; Tietz, NJW 1947/48,167). Damit sei auch eine Risiko- und Opfergemeinschaft zwischen Hypothekar und Grundstückseigentümer bei grundlegenden Veränderungen im dinglichen Bereich anzunehmen (vgl. Tietz, a.a.O., S. 168). Mit dieser Konstruktion kann aber höchstens bei Veränderungen des belasteten Grundstücks eine entsprechende Auswirkung auf die dingliche Sicherung begründet werden, keinesfalls ergibt sich hieraus aber r e c h t l i c h eine Rückwirkung auf die persönliche Forderung, denn an dem G e s a m t v e r m ö g e n des Schuldners ist der Hypothekengläubiger auf keinen Fall gesellschaftlich "beteiligt" (vgl. hierzu Boehmer, 8.Beiheft der DRZ 1949, S. 17).
Deshalb wurde bei der hier vorgeschlagenen Lösung auch nur darauf abgestellt, dass das w i r t s c h a f t l i c h e Wesen eines echten Realkredits dadurch charakterisiert werde, dass die "Beteiligung" des Hypothekars am Grundvermögen ganz im Vordergrund stehe. Für die rechtliche Begründung einer Rückwirkung auf die persönliche Forderung bei Veränderungen im dinglichen Bereich wurde dann aber nicht die R e c h t skonstruktion einer Interessen- und Gefahrengemeinschaft herangezogen, die - wie eben erwähnt - hier nicht anwendbar ist, sondern die Vorschrift des § 425 BGB, die es erlaubt, gerade für die Frage einer "Gesamtwirkung" unmittelbar auf das w i r t s c h a f t l i c h e Wesen abzustellen (vgl. oben S. 142 ff.).

105) Vgl. oben S.98 ff.

2. Ebenso bestehen aber grundlegende Unterschiede gegenüber der Lösung und den Ergebnissen nach der Theorie von der Zweckgemeinschaft. Zwar wird von den Anhängern dieser Theorie auch davon gesprochen, dass zwischen Hypothek und Forderung eine "wechselseitige, paritätische Abhängigkeit" bestehe.[106] Damit ist aber nur gemeint, dass beide Rechte, Hypothek und Forderung, abhängig sind von der gemeinsamen Leistungsanwartschaft (Gläubigerinteresse, Anrecht).[107] Keineswegs will damit die Theorie von der Zweckgemeinschaft behaupten, dass, wie es hier für die echten Realkredite vertreten wird, der isolierte Wegfall der Hypothek für den Gläubiger unmittelbar (d.h. allein auf Grund dieser Tatsache) auch zum Wegfall der persönlichen Forderung führe; das soll nur dann eintreten, wenn der Wegfall der Hypothek "die gemeinsame Leistungsanwartschaft berührt".[108] Prüft man aber nach, in welchen Fällen des isolierten Wegfalls der Hypothek die Theorie von der Zweckgemeinschaft eine Auswirkung auf die Leistungsanwartschaft und damit auf die persönliche Forderung annimmt, so zeigt sich, dass in allen Fällen des isolierten Wegfalls der Hypothek, in denen nach der hier erarbeiteten Lösung eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung anzuerkennen ist (vgl. die Darstellung der praktischen Ergebnisse oben S. 154 ff.), die Theorie von der Zweckgemeinschaft eine Auswirkung auf die Leistungsanwartschaft verneint[109] und damit eine Rückwirkung von der Hypothek auf die Forderung im Ergebnis ebenso wie die Akzessorietätslehre ablehnt. Es ist daher - gerade angesichts der praktischen Ergebnisse - nicht berechtigt und irreführend, wenn die Theorie von der Zweckgemeinschaft von einer "wechselseitigen, paritätischen Abhängigkeit" von Hypothek und Forderung spricht.

---

106) So insbesondere Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 328,331, 377.
107) Vgl. Heck, Sachenrecht, a.a.O., S. 328; Küchler, a.a.O., S. 58 f.; v. Lübtow, a.a.O., S. 347.
108) Vgl. insbes. Küchler, a.a.O., S. 65 ff.
109) Vgl. insbes. Küchler, a.a.O., S. 65 ff.(67).

Demgegenüber besteht nach der hier vorgeschlagenen Lösung für die Realkredite im engeren Sinne eine echte wechselseitige Abhängigkeit von Hypothek und Forderung.[110] Wird nämlich die Geltendmachung der persönlichen Forderung für den Gläubiger unmöglich, so bewirkt das unmittelbar (d.h. ohne dass die Auswirkung dieser Tatsache auf die - im Gesetz nicht geregelte[111] - Leistungsanwartschaft geprüft wird), dass grundsätzlich auch die Geltendmachung der Hypothek für den Gläubiger unmöglich wird (vgl. §§ 1153 Abs. 1, 1163 Abs. 1 BGB). Das gleiche gilt nun aber auch umgekehrt: wird die Geltendmachung der Hypothek für den Gläubiger unmöglich, so fällt als unmittelbare Folge davon (d.h. ohne vorherige Prüfung der Auswirkung auf die Leistungsanwartschaft) grundsätzlich auch die Möglichkeit der Geltendmachung der persönlichen Forderung für den Gläubiger weg.

---

110) Die hier versuchte Bestimmung des Verhältnisses von Hypothek und Forderung ist auch gänzlich verschieden etwa von der Ansicht von Staudinger-Kober (§ 1113 Anm. 7). Diesen geht es in erster Linie darum, nachzuweisen, dass die Hypothek nicht von der persönlichen Forderung abhängig sei (daran aber wird bei der hier vorgeschlagenen Lösung durchaus festgehalten), sondern ein selbständiges und unabhängiges Recht darstelle (vgl. oben S. 6 ff.). Keineswegs wollen aber Staudinger-Kober die moderne wirtschaftliche Entwicklung rechtlich berücksichtigt wissen, davon wird mit keinem Wort gesprochen, sondern sie behaupten nur, dass nach der rechtlichen Regelung des BGB nicht mehr von einer Akzessorietät der Hypothek geredet werden könne. Nur in einem Satz wird dann noch festgestellt, dass die Regelung des BGB gerade das Gegenteil einer Akzessorietät im früheren Rechtssinne darstelle, nicht mehr die Hypothek stehe akzessorisch zur Forderung, sondern umgekehrt stehe in gewissem Sinne die Forderung nunmehr akzessorisch zur Hypothek. Es wird dann in diesem Zusammenhang aber nur auf die Bestimmung des § 1138 BGB hingewiesen.

111) Vgl. oben S.115 ff.

III. 1. Die hier versuchte neue Bestimmung des Verhältnisses von Hypothek und Forderung ermöglicht es, im Gegensatz zur Akzessorietätslehre[112] und zur Theorie von der Zweckgemeinschaft[113], die modernen wirtschaftlichen Vorstellungen und Gegebenheiten bei der rechtlichen Beurteilung ausreichend zu berücksichtigen.

Die wirtschaftlich bedeutsame Unterscheidung zwischen echten Realkrediten und (hypothekarisch gesicherten) Personalkrediten erhält nun auch unmittelbar rechtliche Bedeutung. Diese beiden Gruppen der hypothekarischen Rechtsverhältnisse, die ein ganz verschiedenes wirtschaftliches Wesen aufweisen, können jetzt rechtlich differenziert behandelt werden.

Dabei ergibt sich nach der hier vorgeschlagenen Lösung eine U e b e r e i n s t i m m u n g d e r r e c h t l i c h e n u n d d e r w i r t s c h a f t l i c h e n B e t r a c h t u n g s w e i s e hinsichtlich des Verhältnisses von Hypothek und Forderung. Für die hypothekarisch gesicherten Personalkredite, bei denen wirtschaftlich die Hypothek nur eine untergeordnete Sicherung der persönlichen Forderung bedeutet, bleibt auch rechtlich die einseitige Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung bestehen. Dagegen kommt der wirtschaftliche Charakter der Hypothek als "Hauptrecht" bei den echten Realkrediten auch rechtlich dadurch zum Ausdruck, dass Veränderungen der Hypothek, die zu ihrem Wegfall führen, auf die Forderung zurückwirken. Insoweit entsprechen auch die praktischen Ergebnisse, die in Anwendung dieser Prinzipien festgestellt wurden,[114] den modernen wirtschaftlichen Anschauungen und Forderungen.

2. Es wurde in dieser Arbeit eingehend dargestellt,[115] dass in der neueren Rechtsentwicklung auf besonderen Rechtsgebieten eine allgemeine Tendenz festgestellt werden kann, bestimmte Rückwirkungen von der Hypothek auf die Forderung

---

112) Vgl. hierzu oben S.91ff.,insbes. S.103 f.
113) Vgl. hierzu oben S. 105 ff., insbes. S. 118 f.
114) Vgl. oben S. 154 ff.
115) Vgl. die Ausführungen oben im 1. Abschn. des 2.Teils, S. 20 ff.

anzuerkennen und dass hierbei im wesentlichen auf die modernen wirtschaftlichen Vorstellungen verwiesen wird. Die Anerkennung einer solchen "umgekehrten Abhängigkeit", einer Abhängigkeit also auch der Forderung von der Hypothek, wird aber nur bei gewissen a k t u e l l e n E i n z e l f r a g e n vorgenommen, im übrigen wird eine allgemeine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Anschauungen für rechtlich nicht durchsetzbar gehalten.

Im Gegensatz dazu konnte aber in der vorliegenden Untersuchung nachgewiesen werden, dass durchaus Gesetzesnormen vorhanden sind, mit denen es möglich ist, die in der neueren Rechtsentwicklung feststellbaren neuen Gesichtspunkte, die mit der modernen wirtschaftlichen Entwicklung im Hypothekenwesen zusammenhängen, g a n z a l l g e m e i n auch der rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen, und dass die sich hierbei ergebenden rechtlichen Konsequenzen auch dogmatisch befriedigend in das System des Hypothekenrechts eingeordnet werden können.

L e b e n s l a u f

Am 27. Mai 1932 wurde ich als Sohn des Dr. Adolf Scheffbuch, Ministerialrat im Kultusministerium Baden-Württemberg, und seiner Ehefrau Maria, geb. Busch, in Stuttgart geboren. Nach der Grundschule besuchte ich das Eberhard-Ludwigs-Gymnasium (humanistisches Gymnasium) in Stuttgart und legte dort im Frühjahr 1952 die Reifeprüfung ab. Im Sommersemester 1952 begann ich an der Universität Tübingen mit dem Studium der Rechtswissenschaft, das ich dann an den Universitäten in Bonn, Heidelberg und wieder Tübingen fortsetzte. Während meines ganzen Studiums nahm ich auch in weitem Umfang an wirtschaftswissenschaftlichen Vorlesungen und Uebungen teil. In den Semesterferien arbeitete ich bei der Städt. Spar- und Girokasse Stuttgart in der Kredit- und der Wechselabteilung. Am 7. Juni 1957 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung in Tübingen. Seit 1. Juli 1957 bin ich im Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg als Gerichtsreferendar tätig.

Albrecht Scheffbuch

Photodruck und Buchbinderarbeit der Photocopie GmbH., Stuttgart